PRÆLECTIONUM THEOLOGICARUM

COMPENDIUM

AD USUM THEOLOGIÆ STUDIOSORUM

DE CONTRACTIBUS.

OPERA ET STUDIO

JOS. [illegible],

[illegible]

PARISIIS,

APUD MEQUIGNON JUNIOREM,

[illegible]

J. [illegible], JOUBY ET SO[illegible], [illegible],

[illegible]

Via [illegible] A[illegible]

1848

CHAPITRE QUATORZIÈME.

DES PROPHÉTIES DE SOPHONIE.

ARTICLE PREMIER.

De l'histoire de Sophonie.

Sophonie, en hébreu Tsephanyâ (צפניה), tient dans toutes les
ıvième rang entre les petits prophètes. L'inscription de
porte qu'il était fils de Chusi, fils de Godolias, fils d'Ama-
zéchias. Aben-Ezra, d'accord avec le commun des rab-
Ɫondet, Eichhorn, etc., croient que cet Ézéchias, donné
ıche de la généalogie de Sophonie, est le même qu'Ézé-
Juda. Beaucoup d'autres critiques, parmi lesquels on

les enfants de Jac
reviendra aussi à e
heur. Enfin, dans
expose de nouveau
que les nations id
qu'eux-mêmes, qui
sère ; d'où ils tiraie
à ces murmures et
Juifs à observer la
Élie viendra avant
2. Eichhorn préte
offre pas les proph
présente que les pr

PRÆLECTIONES

THEOLOGICÆ

SEMINARII SANCTI SULPITII.

DE L'IMPRIMERIE DE BEAU,
à Saint-Germain-en-Laye.

PRÆLECTIONUM THEOLOGICARUM

COMPENDIUM

AD USUM THEOLOGIÆ ALUMNORUM.

DE CONTRACTIBUS,

OPERA ET STUDIO

JOS. CARRIÈRE,

SEMINARII SANCTI SULPITII PRESBYTERI,
VICARII GENERALIS PARISIENSIS.

PARISIIS,

APUD MÉQUIGNON JUNIOREM,

NUNC

J. LEROUX, JOUBY ET SOCIOS, SUCCESSORES,

FACULTATIS THEOLOGIÆ BIBLIOPOLAS,

Viâ Majorum Augustinianorum, n° 9.

1848

I

DE CONTRACTIBUS.

1. Cùm ageremus in Tract. *de Justitia (Compend.*, n[is] 11, 87) de variis acquirendi juris stricti et speciatim dominii modis, inter eos recensiti fuerunt contractus; de quibus agendum remisimus ad specialem Tractatum, quem nunc lectori benevolo offerimus. Dicemus 1° de contractibus in genere; 2° de contractibus in specie. Sed antea præmittendæ sunt quædam.

NOTIONES PRÆVIÆ.

Contractuum origo. — Postquam discessum est a *communione primæva*, et per rerum divisionem inductum est dominium fixum et permanens, prout exposuimus *ibid.*, n° 17, hinc mox effici debuit ut non eædem omnium hominum facultates essent, sed alii quibusdam rebus abundarent, quibus alii maximè indigerent : ea est insuper hominum in societate viventium conditio, ut alii aliorum operâ auxilioque in multis indigeant. Ut ergo omnium necessitatibus satisfiat (cui fini prospicit quidem, sed non plenè sufficit præceptum charitatis), occurrere debuit via quâ alter ad rerum utilium, quibus indigemus, dominium in nos transferendum, nosque operis suis juvando, perfectâ obligatione adstrictus esset. Hæc autem via alia non est quàm alterius consensus. Jam verò ille consensus duorum vel plurium in idem placitum de dando aliquo vel faciendo, vocatur conventio, pactum, seu contractus : (quæ tria verba apud Romanos non idem omnino exprimebant, sed apud nos indiscriminatim sumuntur ; *Prælect. Maj. de Contract.* n[is] 4, 5).

Ab ipso ergo jure naturæ repetenda est contractuum origo, quatenus, positâ bonorum divisione, necessarium fuit existere aliquem paciscendi modum : sed variorum in specie contractuum determinatio ad jus positivum humanum, aut gentium, aut civile refertur (*P. M.* n[is] 2, 3).

2. Contractus definitio.—Huic stare possumus quam affert Codex civilis, art. 1101 : *Conventio quâ unus vel plures erga unum aut plures se obligant ad aliquid dandum, aut faciendum, vel omittendum.*

Dicitur 1° *Conventio*, quo nomine hìc intelligitur consensus plurium in idem placitum, per signum sensibile expressus. 2° *Quâ unus vel plures erga unum aut plures*, quia contractus duas saltem personas supponit, cùm nemo secum contrahere possit, vel jus alteri nescienti aut non acceptanti conferre ; sed possunt esse plures, ut facilè intelligitur. Hinc apud nos non admittitur quod apud Romanos

vocabatur *Pollicitatio*, quæ nihil aliud erat quàm promissio nondum acceptata. 3° *Se obligant*, quibus verbis designatur primarius contractuum effectus, seu vinculum morale quo se adstringunt contrahentes, nempe obligatio, cujus naturam et varias species exposuimus in *Comp. de Justit.* n° 5 : hæc aliquando in utroque e contrahentibus exoritur, aliquando in uno tantùm, pro diversa contractuum natura. Generatim ille in cujus gratiam contrahitur obligatio vocatur *Creditor*, alter verò *Debitor*. Si conventio inter plures ineatur, sed absque intentione sese obligandi, non est propriè contractus : ut v. g. si plures conveniant de deambulando simul, etc. 4° *Ad aliquid dandum aut faciendum*, etc., quæ verba indicant contractuum objectum.

3. Hinc intelligitur aliquatenus quænam sit CONTRACTUS NATURA. Sed ne ex æquivoca verborum usurpatione in errorem inducamur, advertendum est jurisperitos tria in quolibet contractu distinguere : ea ab ipsis dicuntur pertinere ad *essentiam*, sine quibus contractus absolutè existere nequit, adeò ut iis deficientibus vel nullus adsit contractus, vel adsit contractus alterius speciei ; ea pertinent ad *naturam*, quæ in contractu includuntur, quando nihil in contrarium statutum fuit, sed quæ per conventionem peculiarem possunt a contractu excludi ; ea dicuntur *accidentalia*, quæ contractui adjungi possunt, sed adjecta non censentur, nisi adsit specialis clausula. Hæc distinctio supponitur in pluribus Codicis articulis, v. g. art. 1135, 1719, 1876.

4. CONTRACTUUM DIVISIO.—Multæ afferuntur contractuum divisiones ; eas tantùm afferemus quæ in usu sunt apud nos.

Contractus dividitur 1°. In *unilateralem*, et *bilateralem* seu *synallagmaticum*. Prior ille dicitur in quo adest obligatio ex una tantùm parte ; posterior verò in quo ex utraque, seu in quo adest obligationis reciprocitas inter partes. Ita art. 1102, 1103. Si utraque obligatio sit æquè præcipua, et immediatè oriatur ex contractu, ut v. g. in venditione, vocatur *synallagmaticus perfectus ;* si autem obligatio ex alterutra parte sit tantùm accidentalis, seu non oriatur, ut loquuntur jurisperiti, nisi *ex post facto* et occasionaliter, qualis est, v. g., in deponente obli-

gatio solvendi impensas factas a depositario in deposito custodiendo, vocatur *synallagmaticus imperfectus*. Aliquando difficile est unum ab altero secernere : interest præsertim dignoscere qualis coram lege habeatur quilibet contractus, ut applicentur dispositiones ei propriæ.

5. — 2° In *onerosum*, *gratuitum*, *et mixtum*. Onerosus dicitur qui respicit utilitatem utriusque partis ; gratuitus, qui vergit in utilitatem unius tantùm ; mixtus, qui est ex parte onerosus, ex parte gratuitus, ut si donatio fiat sub onerosa, sed respectivè levi, conditione.

Contractus onerosus subdividitur in *commutativum*, et *aleatorium*. Prior est ille in quo quilibet e contrahentibus obligatur ad aliquid dandum aut faciendum quod censetur æquivalens ejus quod ipsi datur vel ejus gratiâ conficitur : posterior verò ille in quo æquivalens ponitur in damni vel lucri, ex una saltem parte, periculo, quod ab eventu incerto pendeat; vel breviùs, in quo non datur præcisè res pro re, sed periculum pecuniâ æstimatur, ut loquuntur jurisperiti.

6. — 3° In *principalem*, qui in se et independenter ab alia conventione subsistit, ut venditio, etc. ; et *accessorium*, qui pendet ab alia conventione, aut eam supponit, ut satisdatio (*le cautionnement*), etc.

7. — 4° In *realem* et *consensualem*. Realis ille est qui in sua specie non perficitur nisi per traditionem rei de qua convenitur, ut mutuum, depositum, etc. art. 1892, 1915, etc. Dicitur *In sua specie*, quia ante traditionem potest existere conventio quæ in se valeat, v. g. de tradendo mutuo aut deposito, sed quæ non erit mutuum aut depositum. Consensualis ille est qui solo contrahentium consensu ritè exhibito perficitur, ante rei traditionem : tales sunt hodie apud nos plerique contractus. Dicitur *Ritè exhibito*, id est, juxta formam a lege determinatam ut valeat contractus, et qui in mente contrahentium non sit merum propositum de contractu postea ineundo.

8. — 5° In *solemnem*, et *non solemnem*. Prior ille est ad cujus valorem requiritur certa solemnitas lege præscripta; v. g. contractus matrimonialis, art. 1394 ; donatio, art. 931 ; hypotheca conventionalis, art. 2127. Pos-

terior ille est qui ut valeat nullam specialem solemnitatem requirit, sed subjicitur tantùm dispositionibus generalibus. Dicitur *Ad valorem, Ut valeat*, quia etsi per legem præscribantur quædam formæ, si præscribantur *ad probationem* tantùm, iis neglectis, vim suam habebit contractus, etiam coram ipsa lege, modò per alias probationes de ipso constet : sed si præscribantur *ad solemnitatem*, iis deficientibus, vim nullam habet contractus coram lege, licèt de facto ipso nullum dubium moveatur.

Duæ istæ posteriores contractuum divisiones possent in unam reduci, et tunc diceretur contractum esse apud nos vel *consensualem*, quando perficitur solo consensu ; vel *realem*, quando præterea requirit traditionem rei ; vel *solemnem*, quando exigitur quædam solemnitas. Sed tunc illa divisio non constabit præcisè membris oppositis, cùm idem contractus possit esse consensualis per oppositionem ad realem, et simul esse solemnis, ut donatio.

9. — 6° Tandem distinguuntur *contractus veri* seu *propriè dicti*, et *quasi-contractus :* sed ea distinctio aliter intelligitur a plerisque theologis, aliter a jurisperitis. Juxta theologos, adest verus contractus, quando datur ex utraque parte consensus formalis seu expressus; quasi-contractus verò, quando conventio est tantùm implicita, aut tacita, v. g., inter medicum et eum a quo advocatur, etc. Juxta jurisperitos, quotiescumque accedit consensus utriusque partis, est verus contractus; qui quidem vocabitur expressus, vel tacitus, prout consensus expressè vel tacitè datus fuerit : quasi-contractus autem non dicitur, nisi quando deest saltem ex una parte verus consensus, et non adest nisi consensus fictus, id est, quem lex positiva fingit adesse; seu, ut alii dicunt, quando postulat æquitas exoriri obligationem eodem modo ac si verus præstitus fuisset consensus, cùm ea obligatio satis affinis sit obligationi conventionali, dicitur quasi-contractus, qui definitur art. 1371 : *Factum hominis voluntarium* (addunt jurisperiti *et licitum*, ut distinguatur a delicto,) *ex quo erga alterum obligatur, et aliquando duo erga se invicem obligantur.*

PARS PRIMA.

DE CONTRACTIBUS IN GENERE.

10. Quidquid in prima parte dicendum habemus, duplici sectione complectemur : prima erit de variis conditionibus ad contractum requisitis ; secunda de contractuum effectibus.

SECTIO PRIMA.

DE VARIIS CONDITIONIBUS AD CONTRACTUM REQUISITIS.

11. Conditiones ad contractum requiruntur vel ex parte consensûs, vel ex legum civilium dispositione, vel ex parte personarum contrahentium, vel demum ex parte objecti seu materiæ. De his dicemus in quadruplici capite; in quinto expendemus quonam tempore hæc quatuor concurrere debeant.

CAPUT PRIMUM.

DE CONDITIONIBUS AD CONTRACTUM REQUISITIS EX PARTE CONSENSUS.

12. Mutuum consensum de contractûs essentia esse, ita indubitatum est inter doctores, ut omnes id tanquam ex terminis, atque ipsâ etiam definitione notissimum supponant. Sed explicandum habemus, 1° quænam debeant esse dotes consensûs ; 2° quænam vitia huic noceant.

ART. 1. *De dotibus consensûs ad contractum requisiti.*

13. Expendendum habemus, an et quatenus consensus debeat esse 1° internus ; 2° externus ; 3° mutuus ; 4° actualis ; 5° plenus et perfectus.

§ 1. *De necessitate consensûs interni.*

14. Quæstio non est præcisè, an requiratur aliquis consensus interior; omnes enim, ex dictis, agnoscunt requiri consensum, et propriè loquendo consensus non potest esse nisi interior, cùm sit actus mentis. Sed quæstio est, an sufficiat voluntas proferendi seriò verba quibus exprimitur intentio contrahendi, quamvis ea proferens interiùs nolit contractum inire, sed fingere et alterum decipere; seu, ut loquuntur theologi, an sufficiat consensus fictus? —Quidam affirmant: tum quia id exigere videtur commerciorum securitas; tum quia, cùm in foro saltem externo ex consensu ficto oriatur obligatio, qui verba seriò profert vult implicitè se obligare: communiter tamen excipiunt matrimonium, et promissiones Deo factas, seu vota.

Verùm alii longè communiùs id negant; et meritò quidem. 1° In jure Romano statuitur stipulationem quæ verbis fit, *nisi habeat consensum*, nullam esse; oportere ut concurrat *affectus ex utraque parte contrahentium*. In jure autem canonico, declarat INNOCENTIUS III, cap. *Tua nos*, irritum esse matrimonium cui defuit consensus alterius contrahentium, cùm in eo, inquit, *substantia conjugalis contractûs non valeat inveniri*. Consensus igitur internus, est de essentia matrimonii: porrò nullâ solidâ ratione probari potest illud oriri ex speciali natura matrimonii, non verò ex natura contractûs generatim spectati. 2° *Ex ratione*. Contractus est veluti lex privata, vi cujus contrahentes dominium acquirunt aut transmittunt. Jam verò lex supponit in legislatore voluntatem obligandi: dominium autem non acquiritur vel transmittitur, absque intentione acquirendi aut transmittendi, ut vidimus in Tr. *de Justitia* (n[is] 89, 177). Et verò effectus contractuum, qui est obligatio, aut translatio dominii, vel oritur a consensu contrahentium, vel tribuendus est verbis seriò prolatis, vel vi legis: atqui duo posteriora dici nequeunt. Non I[um], quia verba per se nullam vim habent, nisi quatenus sunt signa voluntatis. Non II[um], quia nullibi ostenditur hanc esse legis intentionem; et contra communem omnium persuasionem

est, dominium in contractibus acquiri ex auctoritate legis, non ex voluntate contrahentium. Insuper si legis auctoritas requiratur, ergo consensus externus per se non sufficit, nec proinde scopum suum attingunt adversarii. quod clarius exponit Lessius n. 7.

15. Cæterùm ut præcaveantur objectiones, et bene intelligatur hæc secunda opinio, quædam sunt notanda.

1° Qui fictè tantùm consensit, veram injuriam alteri intulit, et jus illius violavit. Si ergo damnum ex nullitate contractûs sequatur, tenetur illud reparare : et si aliter reparare nequeat quàm formando contractum, tenetur verum consensum præbere, modò adhuc contractus formari possit.

2° Lex et tribunalia in eo casu supponent adfuisse consensum internum, quia judicant ex communiter contingentibus, et non præsumunt delictum. Exsurget ergo obligatio civilis, sed tantùm ex falsa præsumptione facti : unde si certò constaret de fictione, judex ipse, saltem plerumquè, non præciperet præcisè exsecutionem contractûs, sed tantùm reparationem damni.

3° Etiam in foro conscientiæ, si una pars asserat se fictè tantùm consensisse, altera non tenetur ejus assertioni credere, nisi validis momentis adstruatur : alioquin aperiretur via eludendis omnibus conventionibus, ut facilè intelligitur. Ratio est, quia non major fides ipsi nunc debetur, quàm ubi consensum externum dedit.

His positis, satis consulitur bono publico, et securitati commercii.

16. Hinc essentialiter requiritur in contrahentibus voluntas se obligandi, aut obligationem acceptandi. Debent enim velle quidquid essentiale est contractui ; alioquin simul vellent et nollent : atqui essentiale est contractui ut obligationem producat ; per hoc differt a mero proposito. Ergo si alteruter aut uterque velit simul contrahere, et obligationem non producere, duæ illæ voluntates erunt contradictoriæ ; ac proinde videndum erit utra alteri prævaleat, illaque sortietur effectum.

Ob eamdem rationem, si contrahentes vellent se obligare sub levi tantùm in materia gravi, essent duæ voluntates contrariæ : nam in materia justitiæ obligatio ad

materiam gravem non potest esse tantùm levis, ut diximus in Tr. *de Justitia* (nº 330); v. g. repugnat ut quis strictè obligetur ad solvendum mille nummos, et tamen non peccet nisi venialiter, si obligationem non impleat. Ergo videndum erit utrùm una voluntas et quænam prævaleat; sicque contractus vel gravem, vel nullam obligationem producet.

Sed non requiritur essentialiter in contrahentibus voluntas adimplendi obligationem : quia aliud est obligationem in se suscipere, aliud eam implere; unum sine alio stare potest, ac proinde duæ voluntates non sunt contradictoriæ. Aliquando tamen voluntas non implendi externè manifestata indicat contrahentem nolle seriò obligationem suscipere, ut si quis dicat : *Tibi promitto, vel do centum nummos, sed nunquam eos habebis.*

§ 2. *De necessitate consensûs externi.*

17. Sensus quæstionis est, an contractus essentialiter requirat consensum signis externis manifestatum? — Affirmant communiter auctores; et deduci potest 1° *Ex fine contractuum.* Ideo præcipuè fiunt ut dominium ab uno ad alterum transferatur : atqui dominium transferri nequit nisi per actus externos. Id constat tum ex consensu doctorum; tum ex natura dominii, quod est jus strictum, ac proinde rigorosè exigi potest, quod fieri non posset, si non adfuisset actus externus; tùm demum ex bono publico, ne dominia omnino incerta remaneant. 2° *Ex voluntate contrahentium.* Quamdiu hæc manifestata non fuit, habetur tanquam merum propositum, quod absque ulla injustitia revocari potest.

18. Cæterùm cùm requiratur utriusque partis consensus, satis patet unum non posse aliquid acceptare, nisi ei exteriùs proponatur ab altero. Tota igitur difficultas est, an acceptatio quam mox requiri probabimus (nº 20) debeat esse externa. Porrò, quamvis non ita concordent theologi, affirmandum putamus, ob easdem ferè rationes : de jure promissarii aut donatarii non constabit, si internè tantùm acceptaverit; et duo consensus non censentur inter

se connexi, nisi connexio fiat humano modo, et qualis exigitur in ordine ad commercium humanum, externa scilicet et sensibilis. Illudque omnino consentaneum est dispositionibus juris civilis, ut videbimus *de Contractibus in specie*. Sed non semper requiritur acceptatio expressa; unde aliquando silentium huic æquivalebit.

19. Variis signis exprimi potest consensus. Attento jure naturali, sufficiunt signa qualiacumque, modò ex iis innotescat voluntas contrahentium. Sed jus positivum plura de his signis statuere potuit, et reipsa statuit, ut in decursu videbimus. Hic observare sufficiat, sedulò distinguendum esse inter ea quæ lex exigit ut constet de conventione, seu *ad probationem*, et ea quæ exigit ad conventionis efformationem, seu *ad solemnitatem*: si priora desint, poterit non exsurgere obligatio civilis, sed certum est obligationem orituram in conscientia; de posterioribus verò major est difficultas, de qua postea.

§ 3. *De necessitate consensûs mutui.*

20. Quando dicitur consensum debere esse mutuum, intelligitur necessarium esse ut duo amborum contrahentium consensus veluti in unum coalescant, seu moraliter uniantur. Id reipsa necessarium esse constat ex contractûs definitione. Ut autem fiat moralis illa unio, hæc requiruntur.

1° Non sufficit consensum unius alteri innotescere modo qualicumque, sed requiritur ut ipsi *intimetur*, id est, ut ipsi manifestetur ex intentione et voluntate ponentis: alioquin non est inter duas voluntates moralis unio; quia ante intimationem, in communi hominum æstimatione censetur adesse merum propositum. Ita communiter auctores.

2° Requiritur ut consensus unius ab altero *acceptetur*. Antea non adest duorum consensus in idem placitum. Insuper nemo, ut vidimus, acquirit dominium sine voluntate acquirendi; sicuti nemo intendit rem alteri dare, nisi iste velit. Ita theologi, et jurisperiti.

Si tamen agatur de *simplici remissione debiti*, dissentiunt auctores; quorum perpensis rationibus, hæc statu.

posse nobis viderentur. 1. Quamdiu debitoris acceptatio non adfuit, non ita perfecta est remissio debiti, ut creditor non possit eam revocare. 2. Ordinariè et regulariter loquendo, ex præsumpta creditoris voluntate vim suam non obtinet debiti remissio, nisi interveniente acceptatione debitoris : unde si interim ipse, vel creditor moriatur, debitum non est exstinctum. 3. Si tamen aliquando creditor expressè asserat se velle absolutè jus suum abdicare, declarando, v. g. in epistola ad debitorem scriptâ, suæ intentionis esse ut omnino liberetur a debito solvendo, sive sibi ipsi, sive suis hæredibus, etiamsi ipse (creditor) moreretur antequam epistola ad debitorem pervenerit, non videtur debitor obligandus ad solvendum debitum : tunc enim remissio non fit per viam contractûs, sed per viam abdicationis ex parte creditoris, et cùm debitor nihil præcisè de novo acquirat, concipitur opus non esse illius acceptatione : abdicatio erat quidem ante acceptationem revocabilis; sed vim suam habet statim ac constat eam nec esse revocatam, nec ampliùs revocari posse.

21.— 3° Non pauci docent contractum non perfici nisi *acceptatio innotuerit offerenti:* quia antea acceptatio habenda est ut merum propositum, quod ab acceptante revocari potest. Alii id admittunt in contractibus bilateralibus, in quibus acceptans confert jus aliquod offerenti; non verò in unilateralibus, v. g. in donatione, in qua donatarius ad nihil se obligat, sed tantùm jus acquirit, ad quod satis est illius voluntatem accedere voluntati donantis. Alii demum propugnant, seclusâ lege, consuetudine, aut expressâ intentione contrahentium, non requiri ut acceptatio innotuerit offerenti, sed contractum perfici statim ac intentio unius fuit alteri intimata et ab isto acceptata : tunc enim adest consensus plurium in idem placitum; offerens jam consensit et acceptavit obligationem, saltem conditionatè : ac proinde contractus debet esse jam irrevocabilis. Et revera alioquin de medio tollerentur contractus inter absentes : quando enim consensus utriusque contrahentis aliquo distat temporis intervallo, si semel admittatur libertas revocandi consensum, etiam quando ex utraque parte

adfuit, jam perpetuò contractus in suspenso manebit, quia perpetuò ex alterutra parte revocabilis erit consensus; ergo vel dicendum perfici contractum statim ac uterque consensit, vel impossibiles redduntur contractus inter absentes, quos tamen omnes admittunt.

Inter illas opiniones, hæc statueremus. 1. *Donatio, ex speciali dispositione juris*, art. 932, vim non habet erga donatorem nisi quando ipsi innotuit acceptatio. Sed nihil inde concludi potest quoad alios contractus; quia agnoscunt omnes, et in decursu videbitur, multa præscribi circa donationes, quæ alios contractus non respiciunt. 2. Si proponens contractum velit ut non perficiatur nisi quando sibi innotuerit alterius acceptatio, non antea perficietur: potest enim consensum suum suspendere. 3. Seclusâ lege, et contrahentium voluntate, anteponenda est tertia opinio; nihil enim aliud exigit natura contractûs quàm acceptationem, proindeque perficitur etiam antequam ea acceptatio innotuerit acceptanti. 4. In omni sententia, dicendum est eum qui proponit alteri contractum exspectare debere donec iste acceptare potuerit : si autem antea revocet, contractus quidem non perficietur jam deficiente consensu; sed tenebitur compensare damna aut expensas quæ alter expertus fuerit propter hanc revocationem.

22. — 4° Requiritur ut consensus contrahentium *feratur in idem objectum, et in eumdem contractum :* alioquin non erit consensus in idem placitum. 1. In idem objectum: si unus intendat vendere domum, alter verò emere agrum, evidens est neutrum venditum fore. Si in eadem specie unus plus intendat quàm alter, dijudicabitur ex natura contractûs et ex circumstantiis, an circa alterutrum, et circa quodnam censeri possint concordare. 2. In eumdem contractum. Essentia contractûs in eo est ut jus quod unus tradit acceptetur ab altero : atqui illud locum non habebit, si utriusque consensus non feratur in eumdem contractum; sic si unus intendat vendere domum, et alter locare, nec venditio, nec locatio aderit, donec detecto errore ambo consensus circa eumdem contractum conveniant.

§ 4. *De necessitate consensûs actualis.*

23. Duo eâ de re statuimus. — I. ***Ut valeat consensus ad contractum, procedere debet, quando datur, ex intentione saltem virtuali.***

Prob. et explicatur. 1° Sufficit profectò intentio *actualis;* sed non requiritur, cùm semper in hominis potestate non sit. 2° Non sufficit intentio *habitualis*, id est, priùs quidem habita, sed moraliter non perseverans, nec influens in actum : actus enim inde procedens non habetur ut moralis et humanus. Talis est casus illius qui valde cupiens tale objectum, diceret, v. g. somniando : *Volo emere equum Petri.* 3° Non sufficit intentio *interpretativa*, quæ nihil aliud est quàm dispositio habitualis ex qua aliquis consentiret, si cognosceret præsentia rerum adjuncta, aut ad ea attenderet : non adest consensus; aliud est enim dicere *Consensissem,* aliud *Consensi.* 4° Sufficit ergo intentio *virtualis*, id est, intentio præterita quidem, sed moraliter perseverans in sua efficacia : per eam actus redditur humanus et moralis. Hinc sufficiens agnoscitur in sacramentis, et variis aliis actibus humanis; nec ulla ratio est cur idem non dicatur de contractibus.

24. Hinc colligi potest quid statuendum de consensu præsumpto. — Consensus *præsumptus*, si sumatur lato sensu, pro consensu tacito, qui nempe ex circumstantiis et agendi ratione partium judicatur adesse, quamvis sibi nec scripto nec vivâ voce manifestent, consensus, inquam, ille sufficit, cùm actus externi non minùs manifestent intentionem internam, quàm verba et scripta. Si autem sumatur sensu stricto, pro eo nempe quem leges fingunt in aliquo adesse, quia judicatur eum revera consensurum, si verum statum cognosceret, aut saltem si æquitatis leges sequeretur, non sufficit ad verum contractum; non est enim verus consensus. Cùm tamen ex lege, sive naturali, sive positiva, eadem nascatur obligatio ac si adfuisset verus contractus, ideo dicitur adesse quasi-contractus, ut suprà explicatum est (n° 9).

25.—II. ***Consensus semel legitimè datus perseverat donec***

revocatus fuerit; nec nocet quòd inter consensum unius et consensum alterius longum intercedat temporis spatium.

Prob. 1° *Ex auctoritate:* tum juris canonici, quod illud sæpe supponit, ubi de electionibus, de resignationibus beneficiorum, de dispensationibus præsertim *in radice,* etc.; tum juris civilis, ex quo donatarius potest acceptare donationem, quamdiu vivit donator, modò consensum non revocaverit; tum theologorum et canonistarum, quorum hanc esse communem sententiam testatur Fagnanus; tum omnium gentium, apud quas pro validis habentur contractus initi inter absentes. 2° *Ex ratione.* Consensus est aliquid morale, a tempore independens; semel datus et perfectus, perseverat quemadmodum contractus jam peractus, donec revocetur. Nec dici potest eum qui prior dat suum consensum non consentire nisi eâ conditione ut alter statim quoque consentiat: de apponenda hujusmodi conditione ne cogitat quidem; aliunde hæc nec a jure aut consuetudine exigitur, nec necessaria est ad æqualitatem contractûs, quia semper verum remanet eum qui prior dedit consensum non ligari donec alter acceptaverit; demum ea conditio locum daret multis difficultatibus, quia difficillimum foret determinare quanto temporis intervallo alligatus fuerit consensus.

§ 5. *De necessitate consensûs pleni et perfecti.*

26. Duo pariter hic statuemus. —I. Ex parte intellectus, *ad contractum requiritur consensus plenè deliberatus, qualis requiritur ad peccatum mortale.*

Prob. 1° *Ex communi hominum sensu.* Ubique irriti declararentur contractus qui initi probarentur ab eo qui non haberet plenum rationis usum. 2° *Ex ratione.* Cùm homo libertate fruatur circa translationem dominii quod habet in sua bona et in suas actiones, requiritur ut illa translatio illius voluntati omnino tribui possit: improbat recta ratio, ait Vernier, quòd quis obligetur ut homo per actum quem non fecit nisi ut semihomo. Et verò, ex una parte, contractus cum semiplena advertentia initus non debet obligare secundùm totam materiam, quemadmodum si ad-

fuisset consensus plenus; ex altera, determinari non potest ad quamnam materiæ partem obliget, cùm gradum advertentiæ nemo moraliter metiri possit, multò minùs assignare quantitatem materiæ tali aut tali gradui proportionatam.

27. II. Ex parte VOLUNTATIS, *in contractibus gratuitis requiritur voluntarium purum*, seu perfectum; *in contractibus autem onerosis sufficit voluntarium mixtum*, seu imperfectum.

Prob. 1ª *pars.* 1° Ex utroque jure, in quo exigitur ut tales actus fiant sponte, et ex plena libertate. 2° Ex consensu theologorum. 3° Ex ratione. Ad essentiam donationis, v. g., pertinet ut a liberalitate et beneficentia proficiscatur : porrò si huic det causam vis aut error, illud locum non habebit.

Prob. 2ª *pars.* Ita etiam communiter admittunt omnes. Et revera aliter ratiocinandum est de contractibus onerosis, ac de gratuitis. In gratuitis, accipiens nullum habet titulum præter benevolentiam dantis; in onerosis verò, cùm uterque tantum det quantum accipit, habet igitur semper titulum ad recipiendum, modò alter liberè consenserit circa substantiam : porrò adesse potest hujusmodi consensus, licèt non sit nisi voluntarium mixtum.

Cæterùm hæc habenda sunt tantùm ut principia generalia, quorum sensus et applicatio determinanda erunt ex dicendis in art. seq.

ART. 2. *De vitiis quæ consensui nocere possunt.*

28. Vitia consensûs dicuntur quæcumque impediunt ne consensus talis existat qualem requiri vidimus in articulo præcedenti. Tria autem præcipua vulgò numerantur, error, dolus, vis seu metus; quibus communiter quartum adjungitur, nempe læsio. De his sigillatim loquemur.

§ 1. *De errore.*

29. Error generatim est falsum judicium : unde differt in se ab ignorantia, quæ est tantùm absentia cognitionis, ac proinde judicium non supponit. Hic tamen indiscrimi-

natim de utroque loquemur, quia eadem sunt principia quoad materiam præsentem.

Multiplicis generis error distinguitur. — 1° Alius est *essentialis*, seu *substantialis*, qui cadit in aliquid quod est contractui inito essentiale, sive in se, sive in intentione utriusque aut alterutrius ex contrahentibus; alius *accidentalis*, qui cadit in mera accidentia contractûs. — 2° Error *incidens*, seu *concomitans*, dicitur ille sine quo contractus nihilominus initus fuisset : *antecedens* autem seu *dans causam contractui*, ille sine quo contractus initus non fuisset; potest autem dare causam *positivè*, quando voluntatem reipsa determinat, vel *negativè*, quando non influit quidem in voluntatem, sed tamen talis est ut eo detecto contractus initus non fuisset. — 3° Error alius est juris, alius facti, prout respicit vel jus seu legem, vel merum factum. Do, v. g., Petro partem successionis, existimans eum esse consanguineum in tali gradu, in quo reipsa lex jus aliquod confert, en *error facti :* do ei, gradum in quo est consanguineus omnino cognoscens, sed falsò existimans aliquid a lege talibus consanguineis tribui, en *error juris*.

His præmissis, ponemus primùm quædam principia generalia : deinde ea applicabimus variis contractuum generibus, et variis objectis, circa quæ error potest versari.

I°. — *Statuuntur principia quædam generalia.*

30. PRINCIPIUM I^um. *Error substantialis, etiam merè incidens, irritat contractum.*

Prob. 1° *Ex ratione.* Adesse nequit contractus, ubi non adest consensus plurium in idem placitum : porrò error substantialis impedit illum consensum, ut patet. 2° *Ex jure.* Ita expressè art. 1109 et 1110 Cod. civilis : « Il n'y » a point de consentement valable, si le consentement » n'a été donné que par erreur... L'erreur n'est une cause » de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la » substance même de la chose qui en est l'objet. » 3° Id admittunt omnes.

Dixi *Etiam merè incidens*, quia semper verum est non adesse verum consensum, qui tantùm in alia hypothesi datus fuisset.

31. Hinc valde interest dignoscere in contractu quid pertineat ad substantiam. Ad illud dignoscendum inservient quæ mox dicemus de variis contractuum speciebus: hic statui potest hoc principium generale. — Aliquid censendum est de substantia contractûs, in triplici casu : 1° quando huic utraque, vel alterutra pars, strictè alligat suum consensum; tunc contractus efficitur conditionatus, ac proinde, si deficiat conditio, est irritus; illudque verum est, licèt conditio illa nonnisi internè apponatur : 2° quando hujus defectus rem reddit inhabilem ad finem intentum ab eo qui illam acquirit ; 3° vel tollit omne motivum rationabile contrahendi.

32. Principium IIum. *Error accidentalis incidens, vel dans causam negativè contractui, eum non irritat; si verò det causam positivè, irritat tantùm contractus gratuitos.*

Prob. generatim. 1° *Ex ratione.* Tunc validus est contractus, quando adest consensus sufficiens in substantiam contractûs; atqui hunc non impedit error accidentalis, ut patet ex ejus notione. 2° *Ex jure.* Ita expressè Codex civilis, art. 1110, mox allato. — Verùm explicandæ sunt simul et probandæ singulæ partes assertionis.

Prob. sigillatim singulæ partes. — 1° *Error accidentalis incidens nunquam irritat contractum.* Nam vel contractus initus fuisset eodem modo, vel aliis conditionibus. In priori casu, evidens est adfuisse consensum absolutum; in posteriori, semper superest consensus quoad substantiam contractûs.

2° *Error qui dat causam negativè contractui illum non irritat.* Ille error non impedit quin contrahentes verè et plenè consentiant, cùm nullo prorsus modo influat in eorum voluntatem. Et revera quando contrahentes detegunt errorem, nemo dicit, *Non consensi*, sed tantùm, *Si hoc cognovissem, non consensissem :* ergo revera consensit.

3° *Error accidentalis dans causam positivè non irritat contractus onerosos.* Exigit bonum publicum et securitas commercii, ut unus e contrahentibus non alliget consensum meris accidentibus, nisi id formaliter exprimat; alioquin incerti efficerentur omnes contractus.

4° *Error accidentalis dans causam positivè irritat contractus gratuitos.* Impedit enim ne sint purè voluntarii, etiam quoad substantiam : qui enim contractum gratuitum efficit, potest et censetur alligare suum consensum iis omnibus quæ efficaciter illum determinant; inde non periclitatur bonum publicum, et donatarius non potest rationabiliter conqueri : unde patet magnum discrimen inter contractus onerosos et gratuitos.

33. Principium IIIum. *Non refert, saltem ex jure hodierno, exceptis quibusdam casibus, ad determinandam nullitatem contractûs, utrùm initus fuerit ex errore juris, an ex errore facti.*

Prob. 1° Si attendatur solum jus naturale, satis manifestum est errorem juris non minùs nocere consensui, quàm errorem facti : de utroque pariter dici potest : *Nihil volitum, quin prœcognitum.* 2° si attendatur ad jus positivum, ex jure Romano magna erat inter interpretes discordia; sub jure Gallico veteri diù prævaluerat opinio quæ tenebat contractum non debere declarari irritum ex errore juris, quia nemo censetur jus ignorare; sed eam sententiam impugnaverat Daguesseau, cui adhærebant Domat et Pothier. Tandem in Codice civili generaliter statutum est, art. 1109, non valere consensum ex errore datum; item, art. 1235 et 1377, repeti posse quod indebitè et ex errore solutum est; et, art. 1376, eum qui ex errore recepit indebitum teneri illud restituere. Porrò hic applicari potest axioma : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Codicis redactores non ignorârunt controversias exortas de errore juris : igitur credendum est eos nullum discrimen inter utrumque errorem voluisse apponere. Ita communiter statuunt jurisperiti recentiores.

Dixi 1° *Exceptis quibusdam casibus*, quia Codex civilis excipit transactiones, art. 2052; et confessionem judiciariam, art. 1356 : sed duplex illa exceptio, nedum infirmet principium generale, illud potiùs confirmat. Dixi 2° *Initus fuerit ex errore*, quia requiritur ut error ille fuerit causa contractûs. Si detur alia causa sufficiens, v. g. quia supponi potest contrahentem voluisse satisfa-

cere obligationi imperfectæ, imò ductum fuisse aliquo principio æquitatis, licèt non in conscientia obligatorio, non admittitur in foro externo ad rescindendum contractum, vel repetendum quod dedit : sed in foro interno, standum veritati, quando dignosci potest.

34. II° *Applicantur principia exposita variis contractuum speciebus.*

I. *De contractibus* INDISSOLUBILIBUS. —Hic agitur specialim de matrimonio : cùmque ea quæ ad illud spectant in peculiari tractatu exponantur, hic breviter indicare satis erit.

1° Error *circa personam* irritat matrimonium. Id admittunt omnes, quia evidens est esse de substantia matrimonii. Et ita statuitur in jure, sive canonico, sive civili.

2° Error *circa qualitates, fortunam*, etc., non irritat matrimonium, nisi recidat in personam. Ita generaliter theologi. Qui enim talem contractum purè et simpliciter init, meritò censetur dare consensum eo modo quo postulant natura contractûs, ille aut ii quibuscum contrahit, et praxis tribunalium : atqui hæc omnia expostulant ut contrahens habeat voluntatem absolutam et prædominantem ducendi conjugem independenter a dotibus quas in illo existere sibi affingit. Vid. *de Matrimonio* (n° 143). Dixi *Nisi recidat in personam :* illud autem evenit, quando qualitas constituit personam individuam a qualibet alia distinctam, et persona non cognoscitur nisi sub ea qualitate, ut fusiùs explicatur *ibid.*

35. II. *De contractibus* DISSOLUBILIBUS ONEROSIS. — 1° Error *circa personam* tunc solùm irritat contractum, quando consideratio personæ, propter scientiam, industriam, aut alia hujusmodi, ita pertinet ad contractum, ut contrahentis verè et præcipuè intersit hanc non esse diversam. Ita quoad sensum statuit Codex civilis, art 1110. Et ratio facilè intelligitur ex dictis. Sic emo librum apud Paulum, credens me emere apud Petrum ; patet valere contractum. Sed volo habere tabulam pictam a tali pictore celebri : si errem circa personam, irritus erit contractus.

2° Error *circa qualitates* objecti irritat contractum, quando earum defectus objectum reddit in communi hominum existimatione moraliter diversum ab eo quod intendebant contrahentes : in aliis casibus, non irritat. In priori hypothesi, error recidit in substantiam : quilibet contrahens censetur alligare suum consensum qualitatibus requisitis ut percipiatur specialis utilitas quam intendit. Nec timenda sunt eadem incommoda ac in contractibus indissolubilibus. In posteriori hypothesi, applicantur quæ suprà diximus (n° 32).

3° Si agatur de errore *circa motivum*, distinguendum est. Si circa motivum *excitans*, id est, quod alium effectum non habet nisi ut contractus libentiùs ineatur, satis patet non irritare contractum, cùm non sit illius causa.

Si circa motivum *determinans*, id est, sinè quo contractus initus non fuisset, vel intelligitur motivum *extrinsecum* seu contrahentis, v. g. emo equum, quia falsò mihi nuntiatum est meum interiisse; vel motivum *intrinsecum*, seu contractûs, quod dicitur etiam motivum *finale*, seu *causa* contractûs; v. g. subscribo obligationi tibi dandi talem summam, falsò existimans eam tibi fuisse a patre meo debitam vel legatam. Si de motivo extrinseco, quamvis non concordent omnino auctores, videtur non irritari contractum. Nam veritas talis motivi est aliquid contractui prorsus accessorium, quod alter non attendit, nec debet attendere. Si de motivo intrinseco, irritus est contractus. Ita statuitur art. 1131. Ita docent theologi et jurisperiti. Hic applicari potest axioma : *Sublatâ causâ, tollitur effectus :* jam non subsistit ratio sufficiens consensûs.

36. III. De *contractibus* GRATUITIS. — Ex jam dictis facilè colligi potest quandonam irritet error.

1° Error circa *personam* plerumquè irritat, scilicet quotiescumque illius intuitu fit contractus : volo donum conferre Petro, meo amico; alteri confero : irrita est donatio. Si verò ratio personæ non sit nisi quid accessorium, valet contractus : confero eleemosynam pauperi, sed libentiùs quia credo esse talem vel talem, valet profectò donatio.

2° Error circa *qualitates* irritat quando dat positivè causam contractui; secus, si sit tantùm incidens, vel non det causam nisi negativè.

3° Error circa *motivum excitans* non irritat: irritat verò error circa *motivum determinans*, aut *intrinsecum* et *finale*.

§ 2. *De Dolo.*

37. Per dolum intelligitur *machinatio ad fallendum alterum adhibita*. Duplex distinguitur dolus : *positivus*, cùm aliquid fit aut dicitur quo alter inducatur in errorem; et *negativus*, qui consistit in dissimulatione aut reticentia veritatis culpabili. Hic agitur præcipuè de dolo positivo; de negativo agetur ubi de *Venditione* (n° 412.)

Cùm effectus doli sit error, hic applicari possunt quæ diximus de errore. Sed videndum habemus quid operari debeat circa validitatem contractûs injuria quam insuper includit dolus. Jam verò si dolus sit accidentalis incidens, aut dans causam negativè contractui, non illum irritat aut rescindibilem reddit, cùm non sit illius causa efficax; dat solummodo locum compensationi damnorum. Si autem det causam positivè contractui, distinguendum est an dolus proveniat ab altero contrahente, an a tertia persona.

I. Si oriatur *ab altero contrahente*, ista assertio statui potest. — *Contractus ortus ex dolo alterius partis culpabili non est in se invalidus, saltem ex jure naturali, sed rescindi potest ad nutum partis deceptæ, si sit ex natura sua dissolubilis.*

Prob. et explicatur per partes. 1° *Non est in se invalidus.* Non quidem ex defectu consensûs: cùm dolus supponatur accidentalis, ac proinde relinquat consensum liberum circa substantiam. Non ob injuriam illatam : ut hæc reparetur, sufficit facultas relicta parti læsæ contractum rescindendi; sed si huic stare velit, æquum est ut eo adstringatur deceptor, qui revera nullibi admitteretur ad rescissionem postulandam.

2° *Est rescindibilis.* Deceptor tenetur reparare injuriam illatam, deceptum reponendo in eodem statu in quo esset

si non fuisset dolus adhibitus : illud autem fit, relictâ ei libertate contractum rescindendi, si velit.

3° Dicitur *Saltem ex jure naturali*, quia de jure Romano magnæ erant controversiæ. In jure nostro, quamvis contractus declaretur purè et simpliciter irritus, art. 1116, cùm tamen nullitas invocari nequeat nisi ab eo qui dolum passus est, stat assertio nostra.

4° Dicitur *Ex dolo culpabili*, quia alioquin non adesset injuria, nec proinde fundamentum rescissionis. Aliquando tamen contrahens censetur implicitè se obligare ad verificandum illud quod asserit : quod si non verificetur, tenebitur consentire rescissioni.

5° Dicitur *Si contractus sit ex natura sua dissolubilis* : contractus enim indissolubilis est statim ab initio vel omnino validus, vel omnino invalidus. Porrò in præsenti casu communiter admittunt auctores matrimonium esse validum, ob rationes allatas ubi *de Errore* (*n°* 34).

38. II. Si dolus oriatur *à tertia persona*, probabilius videtur contractum non esse rescindibilem.

Prob. Qui injuriæ particeps non fuit, non debet ideo privari jure suo : neque exigendo exsecutionem contractûs censeri potest fructum percipere ex injustitia ; tum quia supponitur in contractu adesse æqualitatem ; tum quia fructus, si percipiatur, percipitur, non ex injuria, sed ex contractu in se valido. Huic opinioni favet art. 1116. Aliud tamen dicendum, si contrahens fuerit particeps doli ; aliquando autem particeps censetur eo ipso quòd dolum cognoverit, quando nempe agitur de re quam ex se manifestare tenebatur.

§ 3. *De Vi et Metu.*

39. Vis est *motio a principio extrinseco contra voluntatis inclinationem nobis impressa.* Aliquando est *physica*, v. g., si manus alicujus violenter ducatur ad subscribendum contractui : aliquando est tantùm *moralis*, et minis producitur ; tunc confunditur cum metu, seu potiùs est illius causa.

Metus itaque est *trepidatio mentis*, *instantis vel fu-*

turi periculi causâ. Est levis, vel gravis; iste autem vel absolutè gravis est, vel respectivè tantùm : quod quidem intelligi potest vel *objectivè*, seu ex parte mali quod timetur; vel *subjectivè*, seu ex parte trepidationis in mente exortæ. Scilicet in ordine ad consensum seu voluntarium, evidens est attendendum esse ad trepidationem mentis : unde subjectivè metus gravis dici debet gravis trepidatio; metus verò levis, levis trepidatio. Sed in ordine ad forum externum, cùm in se vix possit cognosci qualis fuerit trepidatio, præcipuè attenditur ad malum quod imminebat; unde objectivè metus gravis dicitur, quando malum grave est et imminens; levis autem, quando malum est leve aut parum probabile. Porrò malum grave absolutè dicitur quod afficit aut afficere potest *constantem* virum, gallicè *un homme fait*, seu ut dicitur in art. 1112, *une personne raisonnable*. Quamvis autem in eodem articulo exigi videatur ut malum sit *præsens*, monent auctores id intelligendum esse in sensu periculi imminentis, quod ratione dilationis facilè præcaveri non possit. Malum verò grave respectivè dicitur quod tale est ratione habitâ ætatis, sexûs et conditionis personarum, ut fert idem articulus.

Quando agitur de *metu reverentiali* erga parentes aut superiores, de precibus importunis, etc., si in his non includatur vis aut dolus, nihil exinde detrahitur libertati consensûs. Si autem malum aliquod immineat, videndum quænam sit ejus natura, sive agatur de malo futuro, sive de malo præsenti, et tunc judicabitur an metus ut gravis haberi debeat.

4° Ut intelligatur quid efficiat metus circa contractum, attendendum est ex quonam principio oriatur, et ex quonam fine incutiatur : illud exponent sequentes assertiones.

I. *Metus* EXTREMUS (id est, qui rationis usum perturbat), *irritat quemcumque contractum*. Impeditur tunc consensus, qualem requiri vidimus.

II. *Metus ortus a causa* NECESSARIA, *sive intrinseca* (v. g. ex morbo), *sive extrinseca* (ex naufragio, etc.), *non irritat contractum*. Non deest consensus liber : libertas enim hominis non est independens a causis necessariis, in

quibus Deus ipse agnoscendus est. Homo conqueri nequit, seipsum determinat, satius judicans contractum inire quàm tali vel tali malo exponi : et quidem omnino voluntariè sese determinare debet ; alioquin scopum suum non attingeret; quia nec placeret Deo, si agatur de promissione Deo factâ ; nec hominem efficaciter moveret ad id quod intendit, si agatur de promissione factâ homini, vel de alio contractu cum homine inito.

III. *Metus ortus a causa libera*, *sed* JUSTA, ***non irritat*** *contractum.* Deducitur 1° *ex utroque jure,* sive civili, sive canonico, quod ita decidit, aut supponit. Olim qui puellam seduxerat cogebatur eam ducere in matrimonium; et profectò talis contractus habebatur ut validus. 2° *Ex ratione.* In tali contractu adest libertas sufficiens. Qui metum patitur illi se liberè exposuit, ac proinde de nullo conqueri potest : ipsemet se determinat, et mavult contrahere quàm pati malum quod meretur ; unde adest quasi venditio juris quod alter habet malum ipsi infligendi, et ipsius refert validum esse contractum, ut alter inde dimoveatur a malo inferendo. Hinc docent jurisperiti valere contractum initum a debitore ut creditorem suum placare possit, vel ut exeat e carcere in quem justè detrusus fuit.

41. IV. *Metus gravis, ortus* A CAUSA INJUSTA, *semper irritat contractus* GRATUITOS. Non adest voluntarium purum, quod requiri vidimus (n° 27). Illudque verum est, sive metus incutiatur ab altero contrahente, sive a tertia persona, sive in ordine ad contractum, sive sinè illo ordine.

42. V. *Metus* INJUSTUS CONTRACTUM ONEROSUM DISSOLUBILEM *non irritat; sed eum reddit rescindibilem ad nutum metum passi, quando oritur ab altero contrahente, etiam sinè ordine ad contractum ; item, quando oritur a tertia persona, saltem si in ordine ad contractum.*

Prob. per partes. 1° *Contractus non est invalidus*, saltem ex jure naturali. Si esset invalidus vel ex parte objecti, vel ex parte consensûs, vel propter injuriam : atqui nullum ex his dici potest. Non primum : supponitur enim objectum non esse cessationem ab injuria, sed aliquid pretio

æstimabile. Non secundum : nam adest voluntarium mixtum, quod vidimus sufficere in contractibus onerosis (nº 27). Non tertium : quia ille qui injuriam intulit non debet commodum ex illa percipere; atqui tamen perciperet, si tali contractu non adstringeretur. Unde intelligitur eum qui metum passus est posse, si velit, stare contractui, etiam invito eo qui metum incussit.

2º *Contractus est rescindibilis.* Qui metum intulit, commisit injustitiam, quam reparare tenetur : porrò eam perfectè reparare nequit, nisi læso relinquat facultatem contractum dissolvendi.

3º Contractus est rescindibilis, *licèt alter contrahens non incusserit metum in ordine ad contractum.* Semper verum est eum qui intulit metum alteri, istum ad contractum induxisse ex necessitate vitandi malum intentatum, ac proinde injustè, sive contractum intenderit, sive non : ergo eadem subsistit ratio. Et revera qui non cessat a metu incutiendo, nisi quando efficitur contractus, censetur dicere : *Aut ini talem contractum, aut tale malum experieris ;* idem est igitur, ac si incuteretur metus in ordine ad contractum.

4º Contractus est rescindibilis, *si metus incutiatur a tertia persona, saltem si in ordine ad contractum.* Contradicunt non pauci theologi, et jurisperiti; sed adstrui potest : 1. *Ex jure naturali.* Consensus datus in eo casu est fructus injustitiæ : ergo qui vellet contractum esse firmum, injustitiam consummaret et ex illa fructum perciperet : quod æquitati contrarium est. 2. *Ex jure civili.* Jus Romanum expressè declarat hujusmodi contractus esse rescindibiles : aperta est etiam dispositio Codicis civilis, art. 1111. Ergo licèt dubium esse possit de jure naturæ, prorsus tollitur ex jure civili.

Præcipua difficultas est in assignanda ratione discriminis inter istum casum, et casum doli accidentalis dantis positivè causam contractui, qui eum non reddit rescindibilem (nº 38), quemadmodum metus. Juxta quosdam theologos, dolus non tollit aut minuit voluntarium circa substantiam contractûs, cùm non supponatur substantia-

lis, sed tantùm circa accidentia : idem autem dici nequit de metu, qui influit in consensum etiam quoad substantiam. Juxta quosdam jurisperitos, metus sæpe incutitur a personis ignotis, vel quæ sunt impares suis obligationibus, ac proinde si contractus non esset rescindibilis, læsus nullum recursum haberet; idem autem locum non habet in casu doli, cùm nemo decipiatur a persona prorsus ignota, vel quæ sit impar ad satisfaciendum suis obligationibus. Sed illæ rationes non carent difficultate. Prior supponit dolum accidentalem non influere in consensum quoad substantiam; quod falsum videtur, cùm ex hypothesi det causam contractui. Posterior respicit præcipuè forum externum : concipitur tamen eam potuisse sufficere ut varia pro utroque casu fieret legis dispositio. Unde forsan satius est stare juri civili, et in eo præcipuè stabilire rationem diversæ decisionis quæ datur pro utroque casu.

Dixi : *Saltem si in ordine ad contractum ;* quia si metus incutiatur a tertia persona, sed *non in ordine ad contractum*, valde scinduntur auctores. Distinguendum putamus. Vel ex contractu inito determinatur immediatè metum incutiens ad desistendum, vel solummodo obtinetur medium quo vis repellatur. Primus casus est, si contractus sit utilis aut gratus metum incutienti, qui inde moveatur ad cessandum a vexatione : v. g., læsus offert talem contractum qui favet amico vel parenti vexatoris. In eo casu, alii sentiunt contractum esse rescindibilem, quia est fructus injustitiæ : alii negant, quia per omnimodam validitatem meliùs consulitur contrahenti. Nobis videtur solutionem hujusmodi casuum multùm pendere a circumstantiis, ex quibus colligetur an contrahens censendus sit fructum percipere ex injustitia, et num metus ultimatè dicendus sit esse in ordine ad contractum. Secundus casus est, v. g., si læsus contractum ineat cum tertia persona, quæ eum liberet a vexatione. Contractus est irrescindibilis : in eo nulla reperitur injustitia ; alter contrahens præstat auxilium quod ex justitia non debet, quodque est verè pretio æstimabile. Insuper bonum commune exigit ut valeant hujusmodi contractus. Demum ita sentiunt omnes auctores.

43. VI. *Metus* INJUSTUS *contractum indissolubilem seu* MATRIMONIUM *irritat ex jure saltem positivo.*

Prob. Quando loquimur de contractibus indissolubilibus, intelligitur præcipuè matrimonium. Porrò certum est matrimonium esse irritum ex jure positivo, quando fit ex metu injustè incusso; de quo in Tr. *de Matrimonio* (nº 144). Diximus *Ex jure saltem positivo*, quia satis incertum est an illa nullitas proveniat a jure naturæ: de quo *ibidem* (nº 146).

44. VII. *Quæ hactenus diximus de metu* INJUSTO *applicantur etiam quando metus est* GRAVIS TANTUM RELATIVÈ, *saltem in foro interno.*

Prob. Metus ille non minùs tollit aut minuit voluntarium, nec minùs est injustus quàm metus absolutè gravis. Unde ut omnino certum illud habent theologi. Idemque apud nos admitti intelligitur ex art. 1112. Declarat etiam art. 1113, sufficere ut metus fuerit incussus contrahentis *conjugi*, aut *ascendentibus et descendentibus*: quod in foro interno extendi potest ad fratres, aut alios propinquos, secundùm varias circumstantias.

45. VIII. *Metus* LEVIS *in foro externo non attenditur, saltem generatim loquendo: in foro autem interno, irritare potest contractus gratuitos, imò et contractus onerosos dissolubiles, si verè sit eorum causa; non tamen contractus indissolubiles seu matrimonium.*

Prob. per partes. 1º In foro externo, *vani timoris justa excusatio non est.* Alioquin via aperiretur innumeris litibus. 2º In foro interno, metus levis irritare potest contractus *gratuitos*, quia tollit plenam spontaneitatem. 3º Item contractus *onerosos dissolubiles*: injuria levis reparanda est, sicut et gravis; ergo militat ratio allata pro metu gravi. Sed supponitur metum fuisse verè causam contractûs: sæpe autem non est nisi motivum excitans, et concurrunt alia motiva, quibus tribui debet consensus. 4º Non irritat *matrimonium*. Jus positivum talem effectum non tribuit metui levi. De jure autem naturali, negant plerique theologi, quia etiam in foro conscientiæ vix præsumi potest metum levem dedisse causam contractui tanti momenti: sed dubium an in hoc omnino concordent cum suis princi-

plis ii qui *impedimentum metûs* referunt ad jus naturale.

46. *Nota*. Monent quidam auctores varia hæc principia non esse in tota sua extensione applicanda pactis publicis, et fœderibus pacis inter principes. Finis enim nunquam imponeretur bellis, si pacta inita irritari possent ratione metûs : quisque enim facilè sibi persuadet injustè contra se bellari ; unde princeps cui favet victoria nullam fidem pactis hujusmodi adhibebit, sicque nunquam firmabitur tranquillitas. Insuper sæpe dubia est injustitia ; promissa metu inita ratihabentur per facta subsequentia ; et pacta publica, si minùs justitiam commutativam, certè legalem inferunt, quâ obligatur tota Respublica. Cæterùm per hæc non negatur quin reus fuerit princeps qui metu injusto pactum extorsit, ideoque teneatur damnum reparare, et causam illius tollere : imò in casu evidentis injustitiæ, denegari nequit læso jus se subtrahendi injustitiæ, modò id fieri possit sinè majori detrimento boni publici.

§ 4. *De læsione.*

47. Per læsionem in contractibus intelligitur damnum quod patitur alteruter e contrahentibus, quando non servatur æqualitas quæ ex jure naturali requiritur in contractibus onerosis, id est, quando pretium et cætera onera superant vel non exæquant valorem communem rei in stipulationem deductæ. Dicitur valorem *communem*, quia justum rerum pretium non consistit in aliquo puncto indivisibili, et læsio adesse non dicitur, nisi quando illud quod ab uno acceptum est superat maximum pretium rei, aut minimum non exæquat. Læsio supponit errorem in eo qui læsus est, et sub eo respectu computari potest inter vitia consensûs, de quibus agimus in præsenti articulo; et reipsa supponit art. 1118 per læsionem *viliari* conventionem.

48. De effectibus læsionis hæc statui possunt. — I. Quoad *forum internum*. Non invalidatur contractus, quia non est error substantialis. Sed lædens tenetur ad reparationem inæqualitatis ; imò si dolum adhibuerit, ad reparandum damnum inde secutum, etiamsi dolus probari non posset.

49. II. Quoad *forum externum*. Si pro qualibet læsione daretur actio ad rescindendum contractum, innumeris litibus janua aperiretur. Ideo facultas rescissionis, etiam quando concessa fuit, debuit intra certos limites coarctari. Hæc hodie apud nos statuuntur.

1° *Quoad majores*, principium generale est, non posse in eorum gratiam fieri restitutionem læsionis causâ, nisi in casibus et positis conditionibus a lege expressis; art. 1313. Isti autem sunt casus. 1. Variæ partitiones, gallicè *Partages*, in quibus læsio superat quartam partem (*lésion de plus du quart*). Ita in materia hæreditatis, art. 887 et 1079; in materia communitatis inter conjuges, art. 1476; inter socios, art. 1872. Sed ex art. 891, rescissio impediri potest, si lædens solvat partis suæ supplementum. 2. Venditio immobilium, si læsio superet septem e duodecim partibus (*les sept douzièmes*); art. 1674. De quo ubi *de Venditione* (n° 384). Extra hos duos casus, non admittitur rescissio inter majores.

2° *Quoad minores,* statuit art. 1305 minorem non emancipatum posse obtinere rescissionem simplicis læsionis causâ in omnibus conventionibus; minorem verò emancipatum, in conventionibus quæ excedunt ejus capacitatem, qualis determinatur sub titulo *de Minoritate*, *Tutela et Emancipatione.* Sed devi et extensione hujus articuli multæ occurrunt controversiæ; de quibus opportuniùs ubi *de Inhabilitate minorum.*

CAPUT II.

DE CONDITIONIBUS AD CONTRACTUM REQUISITIS EX DISPOSITIONE LEGIS CIVILIS, SEU DE NECESSARIA CONTRACTUUM CONFORMITATE CUM LEGE.

50. Nondum investigandum habemus quid leges civiles exigant in contractibus; sed generatim quatenus necessarium sit ut illæ leges observentur. Quod ut explicetur, duplex occurrit quæstio; quæstio juris, quænam sit auctoritas legis civilis in contractus; quæstio facti, quatenus legislator uti voluerit suâ auctoritate. Unde duplex erit articulus: primus de auctoritate legis in contractus; secundus de efficacia variarum legis civilis dispositionum circa contractus: tertium addemus de contractibus initis in fraudem legum.

ART. 1. *De auctoritate legis civilis in contractus.*

51. Duo hic expendemus: 1° utrùm et quatenus lex ci-

vilis possit irritare contractus ; 2° quibusnam legibus regi debeant contractus.

§ 1. *Utrùm et quatenus lex civilis possit irritare contractus.*

52. Nullam movemus hic quæstionem de lege ecclesiastica : certum est eam aliquando irritare in foro conscientiæ, et ante omnem sententiam, contractus sibi subjectos, v. g. matrimonium, ut alibi evolvitur. Unde agitur tantùm de lege civili, et quidem quoad contractus a matrimonio diversos. Porrò inhærendo opinioni quæ videtur longè magis recepta, et quam passim supponunt potiùs quàm adstruunt theologi et canonistæ, hæc statui potest

ASSERTIO. *Potest princeps irritare contractus in foro conscientiæ, etiam ante sententiam judicis.*

Prob. Quando auctoritas suprema et independens, qualis est auctoritas civilis, versatur in suo foro, seu attingit materiam sibi subjectam, non alios agnoscit limites quàm justitiæ et æquitatis ; potest quidquid iniquum non est, et confert ad promovendum bonum publicum, alioquin non esset suprema. Sufficit igitur probare contractus subjici auctoritati principis ; et æquitati non repugnare, imò et expedire ut aliquando irritentur ante sententiam. Porrò illud facilè demonstratur. 1° Quidem contractus sunt de foro principis. Illud nemo negaverit ; contractus enim civiles per se et directè respiciunt bonum temporale societatis, cujus cura principi incumbit. 2° Æquitati non repugnat contractus irritari ante sententiam. Nulla fit injuria subditis : licèt enim potestas contrahendi sit de jure naturæ, est tamen subordinata auctoritati legitimæ ; unde eâ privari potest subditus, quemadmodum facultate quosdam actus faciendi licitè. 3° Illud expedit bono publico. Subditi longè efficaciùs removentur a contractu ineundo per illius irritationem, quàm per meram prohibitionem : si princeps nonnisi meram prohibitionem ferre posset, sæpe allicerentur subditi, sperantes actum, licèt prohibitum, fore tamen validum, si semel initus fuerit. Ergo, etc.

Et verò si aliæ leges conscientiam attingant ex omnium

confesso, cur non et leges irritantes? Sanè verba Apostoli et traditionis, quæ docent obediendum esse principibus, sunt omnino generalia et absoluta. Insuper illi ipsi quos hic impugnamus, ut plurimùm agnoscunt judicem posse per suam sententiam contractus irritare, auctoritate a principe acceptâ : porrò si princeps id possit per ministerium judicis, cur non posset per seipsum, seu per suam legem? Si necessariò exspectari debeat sententia judicis, aderit spes illius vigilantiam effugiendi, aut saltem pauperem defatigandi per longam litem : quæ omnia præcaventur, si ipso facto irritus sit contractus.

§ 2. *Quibusnam legibus regi debeant contractus.*

53. Valde diversæ sunt generatim variarum regionum leges circa contractus. Si ergo v. g., Gallus ineat contractum in Anglia, de bonis sitis in Hispania, et contractus quoad aliquos effectus executioni mandari debeat in Germania, sciendum est quænam leges observandæ sint quoad habilitatem partium, capacitatem materiæ, formam et varia consectaria conventionis. Olim apud nos quæstio erat praxis quotidianæ, propter varietatem consuetudinum in variis Galliæ partibus vigentium, inter quas magna aderat diversitas circa successiones, testamenta, conventiones matrimoniales, jura auctoritatis paternæ, etc.; unde multæ oriebantur difficultates. Sublatæ sunt quidem illæ difficultates per unitatem legislationis in toto regno : sed longè ampliori commercio cum gentibus externis instituto, multis aliis janua aperta est.

Ut intelligantur principia quibus solvi possint illæ difficultates, quædam prænotanda sunt.

Lex sub respectu quo eam nunc investigamus vocari solet ab auctoribus statutum. Triplex autem præsertim distinguitur statutum : personale, reale, et statutum solemnitatum quod a quibusdam vocatur attestatorium.

Statutum *personale* illud est quod directè et immediatè respicit personam, ei scilicet imprimendo qualitatem aliquam generalem, seu ejus statum aut conditionem constituendo, v. g., habilem aut inhabilem faciendo, etc. — Statutum *reale* illud est quod directè et immediatè respicit bona, statuendo, v. g., de eorum disponibilitate, transmissione, destinatione, et cæteris hujusmodi. — Statutum *attestatorium* illud est quod immediatè respicit formas seu solemnitates adhibendas in confectione actûs, ut constet de ejus validitate et legitimitate. Sed advertendum est quasdam esse posse formas quæ requirantur ad personam capacem reddendam, vel quæ bona ipsa afficiant ut possint fieri objectum contractûs. Istæ formæ habendæ sunt tanquam accessorium statuti personalis aut realis, nec proinde includuntur sub nomine statuti attestatorii.

Cæterùm non semper facile est determinare quænam sit natura ali-

cujus statuti : imò advertunt plures auctores in ea determinatione versari præcipuam difficultatem. Quapropter varias tradunt regulas. Sed si illarum ope certò determinari non possit natura statuti, plerique jurisperiti dicunt in dubio præsumendum esse reale potiùs quàm personale : non desunt tamen qui putent potiùs standum esse pro personalitate statuti, nec spernendis rationibus.

54. His prænotatis, istud fundamentale solutionis principium statuunt quidam. Gens quælibet sola possidet et exercere potest supremam auctoritatem et jurisdictionem intra limites sui territorii. Igitur cujuslibet gentis leges pleno jure attingunt omnia bona in ejus territorio sita, omnes personas ibi degentes, omnes actus ibi initos ; ac proinde de iis omnibus, quatenus ad id territorium spectant, statuere potest. Sed, ob eamdem rationem, gentis cujuslibet leges non possunt extendi ultra ipsius territorium, seu ad territorium alterius gentis : alioquin e medio tolleretur æqualitas jurium inter diversas gentes, et suprema auctoritas exclusiva quæ cuilibet genti competit.

Hinc omnes effectus, quos in territorio alicujus gentis sortiri possunt aliarum gentium leges, pendent ab illius consensu expresso vel tacito. Consensus expressus innotescit per leges et pacta, quibus determinatum est quænam e legibus alienis admitterentur, quinam eorum effectus : consensus autem tacitus deduci potest ex consuetudine, doctrinâ auctorum, etc. De facto, ob comitatem, ut loquuntur auctores, et ob reciprocam utilitatem, in disciplinam juris gentium abiit ut gens alterius gentis leges apud se valere patiatur. Sed hæc disciplina non ubique eodem modo invaluit, sed plerumquè cum variis restrictionibus. Quapropter magni interest eorum qui de hujusmodi quæstionibus pronuntiandum habent, ut agnoscant quid reipsa admissum fuerit.

Huic fundamentali principio sanè intellecto non repugnantes, sed ultrà progredientes, hæc statui posse putamus principia.

55. Principium I. *Ubicumque fiat contractus, standum est statuto reali illius loci in quo sita sunt bona de quibus contrahitur, saltem si agatur de immobilibus.*

Prob. Ita auctores ferè unanimiter. Et ratio est per se satis aperta. Statutum reale ab eo tantùm legislatore ferri potest qui habet dominium altum in bona de quibus statuitur. Porrò solus legislator loci in quo sita sunt bona habet in illa dominium altum ; cùm illorum dispositio præcipuè conferat ad bonum societatis, qui ipsi præest in illa auctoritatem habere debet. Et ita art. 3 Codicis civilis.

Dixi *Saltem si agatur de immobilibus*, quia de iis solis loquitur præfatus articulus. Quoad bona mobilia, vulgò admittitur hæc sequi personam, seu censeri adhærere domino, ut pote ad ipsius et familiæ usum comparata ; ideoque de iis standum esse legi domicilii. Si tamen hæc bona spectentur, non in ordine ad personam, sed in se, subjiciuntur statuto loci in quo reperiuntur ; v. g., quando lis movetur de dominio mobilium, vel si agatur de exercendo jure pignoris, privilegii, de prohibenda exportatione, de effectibus possessionis, etc.

56. Principium II. *Ubicumque fiat contractus, standum est regulariter statuto personali illius loci in quo contrahentes habent domicilium.*

Prob. Ita etiam ferè unanimiter auctores. Nulla sanè difficultas quamdiu contrahentes versantur in loco sui domicilii : sufficit igitur probare eos adstringi legibus personalibus, etiam quando absunt. Porrò illud deducitur 1° ex sensu omnium populorum, qui semper admiserunt aliquem non minùs esse subditum suo principi, licèt ab illius regno transitoriè absit. 2° Idem expostulat bonum publicum. Nam interest boni publici ut status personarum determinetur quoad contractus modo constanti, ut eadem persona non sit in uno loco habilis, in altero inhabilis : porrò ad quem pertinebit illum statum determinare ? Sanè ad principem cui habitualiter et radicaliter subjicitur, et qui longè meliùs cognoscere præsumitur personarum indolem, gradum intelligentiæ et alia bujusmodi, ex quibus generatim statuitur capacitas aut incapacitas. 3° Ita statuit art. 3 Cod. civ. jam citatus.

57. Dixi *Regulariter*, quia sunt quædam statum et conditionem personæ respicientia, quæ tamen non ordinantur lege domicilii habitationis, quod designatur verbo domicilii purè et simpliciter adhibito.

Sic 1° standum est statuto domicilii originis quoad qualitates quæ imprimi debent modo immutabili, v. g., ad determinandum an aliquis sit legitimus an illegitimus, nobilis an non, etc. Domicilium autem originis est pro filiis legitimis domicilium parentum, etiamsi alibi per accidens nascantur : pro illegitimis verò, in ipso loco nativitatis, vel, juxta alios, domicilium matris.

Sic 2° juxta multos, sententia condemnatoria declarans aliquem infamem, mortuum civiliter, etc., eum sequitur ubique, quia est absoluta, et ex natura sua non restringitur ad territorium judici subjectum : id interest ad bonum publicum, sive in vindictam malefactorum, sive ad securitatem bonorum. Id certum est de censuris et pœnis ecclesiasticis : quoad varias pœnas civiles, contradicunt non pauci jurisperiti.

Sic 3° in iis quæ spectant ad conventiones matrimoniales, standum est solùm legibus domicilii matrimonialis, id est, quod habebant contrahentes tempore contractûs, seu quod babebat maritus, si diversum sit a domicilio uxoris, vel quod tunc elegerunt. Illæ enim conventiones mutari nequeunt : ita expostulat fides pactis servanda, et ubique admittitur.

58. Principium III. *Ubicumque fiat contractus, regulariter standum est statutis attestatoriis, seu sequenda est forma illius loci in quo contractus celebratur; saltem ita agere licet.*

Prob. Ita, saltem regulariter, admittunt plerique theologi et jurisperiti. Revera agitur de solemnitatibus quæ respiciunt formam actuum, quæ ideo adhibentur ut constet de veritate contractûs ; est ergo factum cujus requiruntur probationes : porrò rationi consonum est ut probationes alicujus facti desumantur e loco in quo peractum est; et inde desumi nequeunt, nisi adbibitæ fuerint formæ ibi præscriptæ : uno verbo, actus censetur ibi nasci et oriri, prout loquuntur jurisperiti ; ergo pronum est ut inde formam suam desumat. Hinc axioma vulgò receptum : *Locus regit actum.* Et verò, si non admittatur illud principium, vix possibile erit contrahere extra locum sui

domicilii : nam ad hoc requireretur ut notarii cognoscerent formas in omnibus regionibus præscriptas, quod est moraliter impossibile.

59. Dixi 1° *Regulariter*, quia quidam casus excipiuntur. — Sic 1. excipitur casus fraudis : quod quomodo sumendum sit, postea exponetur (nº 80).

Sic 2. si forma essentialis contractûs consistat in præsentia officiarii ad hoc desiguati, et hujus officiarii qualitas referatur ad locum ubi contrahentes domicilium habent, non standum est legibus loci in quo celebratur contractus. Ita esse in matrimonio alibi explicatur.

Sic 3. quando agitur de actibus privatis (*sous-seing privé*), quidam dicunt non applicari axioma : *Locus regit actum :* in his nulla præcisè præscribitur forma, modò constet de voluntate elicientis. Alii tamen eodem modo ratiocinantur ac de actibus authenticis. Quæstio movetur speciatim quoad testamentum olographum. Plures exstant opiniones, inter quas forsan dici posset rationem habendam esse legis vigentis in loco ubi sita sunt bona de quibus disponendum est.

Dixi 2° *Saltem ita agere licet*, quia non constat utrùm regula illa, *Locus regit actum*, habenda sit ut imperativa, an tantùm ut facultativa.

60. Principium IV. *Ubi agitur de variis contractuum accessoriis, ut determinetur quibusnam legibus regi debeant, ratio habenda est tum principiorum jam expositorum, tum intentionis contrahentium, quæ etiam in eorum principiorum applicatione non parum valet.*

Prob. et explicatur. 1° Si attentè inspiciantur varia contractuum accessoria, apparebit saltem ordinariè ea accessoria referri posse, seu ordinem habere vel ad habilitatem partium, vel ad capacitatem materiæ, vel ad formam contractûs. Hoc autem posito, applicabitur axioma : *Accessorium sequitur naturam principalis :* sicque quæstio solvenda erit ex principiis jam expositis. 2° Quando deficiunt hæc principia, recurrendum est ad intentionem contrahentium : isti enim, quando leges non obstant, contrahere possunt pro sua voluntate. 3° Imò, etiam quando applicanda sunt principia jam exposita, non parum in ea applicatione valet intentio contrahentium. Etenim inter statuta seu leges quæ respiciunt contractus, vel eorum accessoria, quædam sunt permissiva, quæ scilicet concedunt positivè aut agnoscunt facultatem aliquid agendi vel omittendi ; alia sunt merè suppletiva, quæ nempe objectum ordinant modo determinato, non tamen præcipiendo huic ordinationi stare, nec prohibendo quin contrarium in pactum deducatur, quemadmodum, v. g., statuitur de regimine communitatis inter conjuges art. 1387 et 1393 : in his facilè intelligitur multum conferre posse intentionem contrahentium. Pariter quoad statuta præceptiva aut prohibitiva, si lata sint ex motivo utilitatis privatæ contrahentium, possunt his renuntiare.

61. *Nota.* Multa ex his quæ huc referri possunt ordinata fuerunt pactis publicis inter varias gentes initis : tunc illis pactis standum est ; quia hic est modus aptissimus præcavendi conflictus legum in variis regnis vigentium.

ART. 2. *De efficacia variarum legis civilis dispositionum circa contractus.*

62. Expendenda nunc venit quæstio facti, quatenus nempe voluerit legislator uti auctoritate quam habet irritandi contractus. Quod ut accuratè præstemus, quædam prænotabimus.

I. Non loquimur nisi de legibus irritantibus, quia circa alias sufficiunt principia generalia quæ exponuntur in Tr. *de Legibus:* item nonnisi de nullitatibus juris positivi, quia illæ quæ oriuntur a lege naturali vel divina, certè producunt effectum suum in foro conscientiæ, independenter a qualibet sententia judicis, quicumque effectus ipsis aliunde tribuatur a lege civili. Porrò cùm constet, ex una parte legem esse aliquando irritantem, etiamsi legislator expressè non dixerit se præcipere sub pœna nullitatis; ex altera verò, omnem legem prohibentem non esse eo ipso irritantem, quia *Multa fieri prohibentur quæ facta tenent,* afferunt theologi, et præsertim jurisperiti, varias regulas quibus discernatur lex irritans a lege merè prohibenti. Sed agnoscendum est nullam esse certam et pro omnibus casibus: unde recurrendum est ad principia generalia de interpretatione legum; scilicet investigare oportet sensum obvium verborum, intentionem legislatoris quæ dignoscetur sive ex legis præambulo, sive ex illius discussionibus, motivum legis, praxim tribunalium, opinionem doctorum, etc.

63. II. Variæ distinguuntur nullitatum species. Quadruplex præcipuè attendenda est divisio.

1° Nullitas alia est *pœnalis,* alia non pœnalis seu *directiva.* Pœnalis ea est quæ decernitur in pœnam alicujus criminis. Raró evenit ut sit tantummodo pœnalis : sed plerumquè cum eo motivo simul concurrit motivum boni publici, ac proinde nullitas est simul directiva.

2° Nullitates possunt attingere vel ipsummet *pactum,* vel illius *instrumentum.* Fieri enim potest ut conventio valeat, licèt irritum sit instrumentum, et vice versâ : imò illud sæpe evenit, quia plerumquè causæ nullitatis non sunt eædem.

61. — 3° Nullitates aliæ vocantur *pleni juris*, vel simpliciter *juris*, art. 502 et 1117 Codicis civilis; aliæ dicuntur *nullitates* sine addito, vel *action en nullité*, art. 1117, et alibi pluries; aliæ demum designantur sub nomine *rescissionis*, vel dicitur locus adesse *à l'action en rescision*, seu *restitutioni*, et ille qui potest talem nullitatem invocare dicitur *restituable*, art. 1117, 1304 et seq. Plurimi interest dignoscere quidnam præcisè per hæc diversa verba intelligendum sit. Porrò iis omissis quæ spectant ad jus Romanum et ad jus Gallicum vetus, et ratione habitâ tantùm juris nostri hodierni, res sic explicari potest.

Nullitates *pleni juris* eæ sunt quæ nullam requirunt, etiam in foro externo, sententiam judicis, et opponi possunt quolibet tempore, et contra eos omnes qui vellent actui irrito inniti. Hujusmodi nullitates apud nos generatim non dantur; quia explorati juris est recurrendum esse ad auctoritatem judicis, ne quisquam sibimetipsi justitiam tribuat. Dicitur *Generatim*, quia excipiunt jurisperiti casum de quo art. 686 (olim 692) Codicis judicialis (*aliénation faite par le saisi*) : item varios alios casus, in quibus conventioni deest quædam ex conditionibus quas ut essentiales requirit lex civilis, v. g., consensus, objectum certum, causa licita, art. 1108, vel forma requisita tanquam conditio existentiæ ipsius actûs, v. g. quoad donationes, conventiones matrimoniales, hypothecas, art. 931, 1394, 2117 in fine, 2127 : in his casibus concipitur adesse merum factum sinè existentia legali, nec proinde opus esse ut hujus nullitas pronuntietur; ii quorum interest eodem modo se gerere poterunt coram lege, ac si actus non existeret, et si ipsis opponatur, poterunt quocumque tempore se tueri probando illius nullitatem.

Nullitates *juris* locum habent quando actus ita præ se fert argumentum violatæ legis, ut nulla in contrarium excusatio afferri possit, adeò ut quoad jus et factum judici non competat nisi ministerium quasi materiale. Tales sunt ex art. 502 actus initi post judicium quo quis declaratus fuit interdictus : statim ac constat actui judicium præexstitisse, fas non est reponere initum fuisse in lucido inter-

vallo, interdicto profuisse, etc.; legi omnino standum est, nec judici licet sub ullo prætextu ab ejus dispositione recedere : lex, si ita loqui fas est, omnia per seipsam præstat, et judici relinquit tantùm ministerium passivum. Non est tamen nullitas pleni juris : potest enim actus convalescere, si nullitas non postuletur intra decennium, ex art. 1304 ; et ille qui cum interdicto contraxit non potest ipse nullitatem invocare, ex art. 1125. Citari potest etiam nullitas quorumdam actuum initorum ab eo qui impar est suis debitis (*un failli*) intra decem dies qui præcesserunt epocham in judicio determinatam ; art. 446 Cod. commercii.

Nullitates simpliciter dictæ locum habent, quando necessaria est sententia judicis, et illius prudentiæ committitur æstimatio circumstantiarum in quibus actus declarari debet irritus : tunc lex omnia per seipsam non præstat, sed efficaciter concurrit judex ; donec verò præstitus fuerit ille concursus, actus non habetur ut irritus, sed potiùs præsumitur validus. Tales sunt ex art. 503 actus qui præcesserunt judicium interdictionis. Tales sunt etiam ex art. 1117 actus initi ex errore, dolo, vel metu : quamvis ex art. 1108, 1110 et seq., laborent vitio radicali et substantiali, non adest nullitas juris, quia vitia illa oriuntur ex factis ex natura sua occultis, et eorum gravitas pendet a circumstantiis, quæ relinqui debent prudentiæ judicis.

Tandem *Rescissio*, quam multi non distinguunt a simplici nullitate, in eo juxta alios differt quòd in casu nullitatis satis sit ei qui actum impugnat ut probet hanc adesse; dum in casu rescissionis, probandum habet actum sibi nocuisse, seu adfuisse læsionem : quod certè sufficit ut verum discrimen agnoscatur. Cæterùm agnoscendum est in Codice civili hæc duo verba indiscriminatim adhiberi; item actionem in utroque casu eodem tempore præscribi (art. 1304), etc. Pariter quæcumque via adhibeatur, sententia judicis habet effectum retroactivum, et actus censetur fuisse ab initio irritus, adeò ut partes reponantur in eodem statu ac si non exstitisset : hæc est longè communior jurisperitorum doctrina. Hinc sedulò distinguenda est rescissio

a *resolutione* contractuum, quæ nullum vitium supponit in contractu, sed illum jam existentem tollit seu destruit propter eventum prævisum aut imprævisum, vel vi conditionis expressæ aut tacitæ : hæc aliquando locum habet pleno jure, v. g., in casu art. 960, vel ex sola contrahentium auctoritate, ut in casu art. 91, 1168, 1183, etc.

65. — 4° Nullitates sunt *absolutæ*, vel *relativæ*. Earum natura non ab omnibus eodem modo explicatur. Stando sensui obvio verborum, dici potest nullitatem absolutam eam esse quæ opponi potest ab omnibus quorum hic et nunc interest; nullitatem verò relativam, quæ opponi nequit nisi a quibusdam personis a lege determinatis. Ut ergo una ab altera distinguatur, recurrendum erit, non tam ad motivum nullitatis, quàm ad voluntatem et dispositionem legis. Si lex purè et simpliciter pronuntiet nullitatem, absque ulla restrictione aut limitatione ad certas personas, erit absoluta, et invocari poterit ab iis omnibus quorum interest. Generatim loquendo, tales sunt nullitates quæ directè et primariò fundantur in motivo ordinis publici; dum nullitates relativæ primariò spectant ad utilitatem privatorum, et nonnisi secundariò ad utilitatem publicam.

66. III. Nullitates aliquando tolli possunt per *ratihabitionem seu confirmationem* eorum quibus tribuitur a lege jus eas invocandi. Sed ut id locum habeat, requiritur 1° ut causa nullitatis non applicetur ipsi actui confirmativo : sic si actus primarius fuerit irritus ex incapacitate contrahentis, oportet ut sublata fuerit hæc incapacitas. 2° Ut actus censeatur verè exstitisse coram lege, et solummodo infectus fuisse aliquo vitio : quod enim non est, confirmari non potest. Si igitur contrahentes renuntient facultati opponendi nullitatem actûs qui censetur coram lege non exstitisse, valebit quidem tale pactum, modò non attingatur per causas nullitatis quæ priori obstiterunt ; at non erit hæc confirmatio, sed potiùs nova conventio, quæ robur non conferet priori, sed hujus locum tenebit. 3° Ut actus non sit contra bonum publicum, aut bonos mores : ex art. 6 Cod. civ. derogari nequit per conventiones privatas legi motivo hujusmodi innixæ. 4° Demum ut lex non irritaverit ipsam confirmationem ; quemadmodum v. g., declarat art. 1339, donationem irritam ex defectu formæ non posse per ullum actum confirmativum validari, sed requiri ut fiat denuo cum formis præscriptis : quod multi applicant omnibus contractibus solemnibus, quia nempe, deficiente solemnitate, censentur coram lege non existere.

Quando concurrunt illæ conditiones, confirmatio fieri potest vel *expressè*, verbo nempe aut scripto, et iis servatis quæ exigit art. 1338, ut planè voluntaria censeatur confirmatio, nec detur deceptioni aut subreptioni locus : vel *tacitè*, sive per *executionem* actûs, modò sit voluntaria, id est, non oriatur ex vi seu metu, et fiat cum cognitione nullitatis, modò clarè indicet voluntatem confirmandi actum, et tandem fiat tempore quo obligatio confirmari potest, juxta art. 1338 ; sive per *præscriptionem*, quando nempe ille qui nullitatem postulare potest, sinit elabi tempus per quod postulare poterat, id est, juxta art. 1304, spatium decem annorum, quando per legem peculiarem non determinatur tempus brevius ; sive demum per *alia signa* e quibus deducatur hæc confirmatio, v. g., si creditor uti velit actu irrito, et debitor nullitatem non opponat, etc.

Confirmatio respicere potest solum *instrumentum*, si quis nempe renuntiet juri invocandi nullitates formæ, non verò nullitates seu vitia ipsius conventionis. Sed quando respicit ipsam *conventionem*, habet effectum retroactivum : conventio robur acquirit, non tantùm *ex nunc*, sed *ex tunc*, ut loquuntur jurisperiti ; salvo tamen jure aliorum : id est, jura acquisita tertio per tempus quod intercessit inter conventionem irritam et illius confirmationem non possunt tolli per hanc confirmationem ; art. 1338. Sed non satis constat quousque extendenda sit hæc dispositio : illudque multùm pendere potest a factis peculiaribus.

67. IV. Ex his colligi potest quisnam sit *effectus nullitatis tempore intermedio*, id est, per spatium quod elabitur antequam feratur sententia declarans nullitatem, vel actus aliquo modo confirmetur. Contractus ille est aliquomodo validus, cùm producat suum effectum quoad eos qui nullitatem invocare nequeunt ; imò et possit producere quoad omnes, si nullitas tempore præfixo non invocetur. Ex altera parte, exigit auctoritas legis ut aliquomodo dicatur invalidus ; et talis est reipsa quoad eos qui possunt nullitatem invocare, ac proinde ab obligatione se liberare, et quidem etiam ab initio vi effectûs retroactivi qui sententiæ tribuendus erit. Illa autem nullitas duplici sensu intelligi potest. 1° Dici posset contractum esse ab initio purè et simpliciter in se invalidum, sed tamen legem propter bonum pacis non concedere actionem ad illum impugnandum nisi quibusdam personis, et per quoddam tempus, eo quòd judicet majora incommoda oritura esse ex facultate omnibus concessa actum impugnandi, quàm ex ipsomet actu. 2°. Dici potest legem irritare contractum conditionatè tantùm, id est, posito quòd nullitas invocetur tempore competenti ab eo qui jus habet invocandi. Eo admisso, si nullitas non invocetur, contractus fuit ab initio validus ; si verò invocetur, fuit ab initio nullus, et sic optimè concipitur quomodo sententia quæ pronuntiat nullitatem habeat effectum retroactivum, et dicatur, non jus facere, sed declarare. Priorem modum admittendum esse quoad nullitates matrimonii est valde probabile, ut diximus in Tr. *de Matrimonio* (n° 314) : constat admittendum esse etiam pro nullitatibus aliorum contractuum ortis ex jure naturali. Verùm in cæteris generatim contractibus, et ubi

nullitates sunt tantùm ex jure positivo, standum putamus posteriori modo, quià ita intelligere videntur jurisperiti : saltem eo admisso, omnia sufficienter explicantur ; et conciliantur varii loquendi modi qui occurrunt apud auctores, quorum plerique mentem suam cum ea præcisione non exposuerunt, quia ad ipsorum scopum non necesse erat.

68. His prænotatis, ponenda sunt principia ex quibus dignoscatur quamnam vim habeant in conscientia variæ nullitates. Hæc autem statuimus :

I. *Quando nullitas fundatur in* LEGE DETERMINATIVA PROPRIETATIS, *actus irritus est in foro conscientiæ ante sententiam judicis.*

Prob. Ita communiter supponunt theologi, præsertim ubi agunt de thesauris, de præscriptione, etc. Etenim irritus est sanè ante sententiam judicis actus quo quis disponit de re non suâ, aut alienam proprietatem usurpat : atqui talis est actus in casu nostro ; siquidem ad legem civilem pertinet proprietates determinare.

Hinc judicari potest quid sentiendum, 1° de actibus uxoris, quæ, absque consensu mariti, disponeret de bonis quorum proprietatem lex soli marito concedit ; 2° de donatione illius partis bonorum quæ dicitur reservatio, gallicè *la réserve ;* 3° de actibus mortui civiliter ; 4° de cessione juris ad usum vel habitationem prohibita, art. 631, 634.

69. II. *Quando lex aut sententia pronuntians nullitatem fundatur* IN PRÆSUMPTIONE FACTI, *actus validus est in foro conscientiæ, si factum non existat.*

Prob. Ita omnes theologi. Ratio est, quia, deficiente fundamento, deficit quod in eo nitebatur. Intentio legislatoris non potest dici verè comprehendere talem casum. Itaque in conscientia nulla aderit obligatio : latâ tamen sententiâ, cavendum erit ne turbetur pax publica, aut oriatur scandalum, ut accideret, v. g., si resisteretur auctoritati publicæ, etc.

Sed advertendum est idem non esse dicendum, quando lex fundatur *in præsumptione periculi.* Ita etiam communiter theologi. Ratio est, quia in eo casu semper remanet legis fundamentum ; semper enim verum est talem actum esse in se periculosum, licèt in casu peculiari non existat malum quod timetur.

Ut autem discernatur an lex fundetur in præsumptione

facti, an in præsumptione periculi, fatetur SUAREZ regulam certam assignari non posse, sed illud colligendum esse ex materia et verbis legis, adjuncto usu et doctorum interpretatione.

70. III. *Quando lex irritat actum ut* NOCIVUM ORDINI PUBLICO, *aut* BONIS MORIBUS CONTRARIUM, *actus irritus est in conscientia ante sententiam judicis.*

Prob. Ea efficacia tribuenda est legi quam postulat scopus legislatoris : atqui scopus ille exigit, 1° ut hæc nullitas locum habeat *in foro conscientiæ.* In hac enim hypothesi, si unquam, censetur legislator velle uti totâ suâ potestate, et adhibere medium efficacius quod supremus legislator ipsi in manus tradidit ad conservandum bonum ordinem, et bonos mores, sinè quibus *leges nihil vanæ proficiunt.* 2° *Ante sententiam judicis.* Etenim variis de causis sæpe accidit ut obtineri nequeat sententia. Insuper si contractus vim haberet usque ad sententiam, nedum impediretur deordinatio, bono communi nociva, quam legislator vult præcavere, potiùs contrà foveretur et sæpe diu prolongaretur, cùm societatis detrimento. Si, v. g., valeret ante sententiam contractus matrimonialis quo uxor constitueretur dux familiæ, possint interim conjuges lædere ordinem publicum, cujus intuitu prohibitæ sunt hujusmodi conventiones art. 1388 Codicis civilis : idemque dici potest de pluribus aliis casibus.

Ex his judicandum de contractibus ob causam ex utraque parte illicitam, de actibus initis in fraudem legis : item, juxta multos, de substitutionibus prohibitis art. 896 Codicis civilis, quam tamen prohibitionem non pauci ut parum bono publico consentaneam, nec satis gravi fundamento innixam, redarguunt.

71. IV. *Quando lex, actum irritans purè et simpliciter, fundatur* DIRECTE ET IMMEDIATE MOTIVO BONI PUBLICI, *actus est pariter irritus in foro conscientiæ, etiam ante sententiam judicis.*

Prob. 1ª *pars.* Ut actus irritus sit in foro conscientiæ, sufficit ut legislator velit conscientiæ forum attingere ; jam enim illius potestatem adstruimus : atqui revera, nisi aliunde constet de illius mente, judicandus est ita velle :

quod ostendi potest tum ex illius verbis, tum ex ipsius scopo. 1° *Ex verbis legislatoris.* Quando legislator simpliciter et absolutè loquitur, vult legi tribuere totam vim quæ illi naturaliter competit, et uti potestate sibi a Deo concessâ : atqui lex irritans, sicut aliæ leges civiles, ex natura sua parit obligationem conscientiæ; aperti sunt eâ de re et omnino generales textus S. Pauli et totius traditionis. Ergo, etc. Et revera, si illa verba, *Nullum, irritum declaramus,* aut alia æquivalentia quibus utitur legislator, non sufficiant ad manifestandam illius intentionem, non videmus quænam adhibere possit, nisi expressè dicat, *Irritamus in foro conscientiæ;* quod est alienum ab usu omnium legislatorum. Unde leges ipsæ canonicæ irritantes non aliis verbis feruntur. 2° *Ex scopo legislatoris.* Vult legislator bonum publicum promovere, impediendo actus quorum facultas omnibus aut quibusdam concessa huic noceret, removendo pericula fraudis et doli, etc. : porrò quis non videat longè meliùs et efficaciùs obtineri illum scopum, si lex attingat conscientiam? Imò, si lex illa esset tantùm pro foro externo, aliquomodo nociva evaderet; homines enim qui obligationem conscientiæ parvi pendunt, cessante actione in foro externo, hanc obligationem contemnerent, aut jam impletam rescinderent, non sinè maxima proborum læsione, et societatis perturbatione. Ergo, etc.

Prob. 2ª *pars.* Ex scopo legislatoris, qui efficaciter non attingeretur, si in conscientia requireretur sententia judicis. 1° Illud evidens est quando illi quorum interest nou cognoscent actûs nullitatem, aut eam probare non poterunt. 2° Etiam in aliis casibus, metus omnium sollicitudinum quas generant lites multos removebit a sententia provocanda : nemo enim nescit plerumquè judicium esse valde incertum, et multa semper damna experiri etiam eum qui victor evadit. In nostra verò sententia, longè efficaciùs obtinet legislator quod intendit. Illud autem argumentum eò majorem vim habet, quòd ex una parte lex inutilis evadet pro iis præsertim quibus potissimùm deberet favere, nempe viris pacificis, debilibus qui difficilè li-

tem intentare possunt; ex altera, nemo diffitebitur sapientis esse legislatoris lites potiùs præcavere, quàm eas provocare, vel necessarias reddere, ut fieret in adversariorum sententia.

Et verò ideo ordinariè exigitur sententia, quia postulat pax publica ut nemo jus suum sibi ipsi tribuat: hæc autem sententia, saltem quando agitur de nullitate, est merè declaratoria, nec jus per se confert. Porrò ex his concludi potest sententiam non requiri in foro conscientiæ : non enim turbabitur pax publica, eo quòd existat obligatio conscientiæ pro illo cui prodesset actus, si irritus non esset; jus alterius existit, et si sit clarum et certum, ut supponimus, sanè nemini licet ei intentare, aut saltem necessariam reddere litem, quæ ad nihil proderit nisi ut ei molestia et damnum inferatur. Ergo, etc.

72. V. *Quando lex irritans actum*, PRIMARIO ET IMMEDIATÈ FUNDATUR IN MOTIVO BONI PRIVATI, *contractus non est in se absolutè invalidus, sed resolubilis in foro conscientiæ, etiam ante sententiam judicis, ad nutum illius in cujus utilitatem lex constituta est, per totum tempus a lege concessum.*

Prob. 1ª *pars.* Cùm talis nullitas ab iis tantùm invocari possit in quorum gratiam lata est, contractus vim suam obtinet erga cæteros, quia lex non intendit eis favere : ergo dici nequit absolutè invalidus. Insuper nullitas non est nisi conditionata, id est, posito quòd invocetur tempore competenti; ergo donec impleatur conditio, valet contractus.

Hinc donec nullitas invocetur, potest altera pars in conscientia uti illo actu : non enim tenetur provocare aut postulare declarationem nullitatis; sed tenetur tantùm non eam impedire per fraudem aut vias injustas.

Prob. 2ª *pars*, scilicet *contractum esse resolubilem in foro conscientiæ.* 1° *Ex textu legis.* Lex supponitur purè et simpliciter loqui, absque ulla distinctione: porrò juxta axioma receptum, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, lex conscientiæ forum attingere censenda est, nisi contrarium aliquomodo exprimatur, ut jam plu-

ries diximus. 2° *Ex motivo legis*. Voluit providere utilitati eorum in quorum favorem constituitur, v. g., subvenire debilitati junioris ætatis, etc. Porrò ad quid illis proderit in foro externo rescindi eorum contractum, si teneantur nihilominus in conscientia ad illum servandum? Nedum tunc illis prodesset lex, potiùs noceret, adjuvando illos ad infringendam obligationem conscientiæ. Nec viri cupidi satis efficaciter deterrebuntur ab ineundis cum hujusmodi personis contractibus qui ipsis sint noxii : ergo, etc.

Prob. 3ª *pars*, scilicet contractum esse rescindibilem *etiam ante sententiam judicis.* 1° *Ex motivo legis.* Hic enim vim habent, proportione servatâ, ea quæ diximus in principio præcedenti. 2° *Ex principiis æquitatis*. Ille cui nullitas opponitur, et cui declaratur intentio sententiam obtinendi, tenetur statim consentire rescissioni, si causa sit clara et aperta; alioquin contra conscientiæ dictamen, parti suæ damnum inferret per sollicitudines et expensas quas secum inferunt lites, concurreret ad provocandum judicium iniquum : porrò hæc omnia æquitati repugnant : ergo, etc.

Dixi *Per tempus a lege concessum :* cùm enim facultas rescindendi contractum a lege oriatur, non potest ille cui favet uti illius beneficio, nisi quatenus lex ipsi concedit : unde, elapso tempore, jus suum amittit, etiam in foro conscientiæ.

Hinc sequi videtur eum in cujus utilitatem nullitas constituta est posse recusare exsecutionem contractûs, etiam non petitâ judicialiter rescissione : quia frustra solveretur, quod statim posset efficaciter repeti.

73. VI. *Quando lex pronuntians nullitatem pro objecto habet* SOLUM INSTRUMENTUM, *actus in se validus est pro foro conscientiæ.*

Prob. Illa assertio satis intelligitur, et sufficienter probata manet ex iis quæ diximus suprà (nº 63).

Utrùm applicari possit variis solemnitatibus a lege sub nullitatis pœna præscriptis, speciatim pro donationibus et testamentis, expendemus in secunda parte.

74. VII. *Si nullitas feratur* IN POENAM DELICTI *tan-*

tùm, sæpe non producet effectum ante sententiam judicis ; secus, si simul directè fundetur in motivo boni publici.

Prob. 1ª *pars.* Juxta principia quæ in Tr. *de Legibus* exponuntur, lex pœnalis non obligat ante sententiam judicis, quando pœna est tantùm ferendæ sententiæ, et forsan aliquando etiam quando est latæ sententiæ; cùm nempe ut nimis acerba et onerosa haberi debet : porrò illa principia nostro casui sunt applicanda ; nullitas enim, licèt dicatur pœna merè passiva, habet tamen aliquando effectus valde duros et difficiles.

Prob. 2ª *pars.* Ut diximus suprà (n° 63), fieri potest ut nullitas feratur directè et immediatè tum in pœnam delicti, tum ex motivo boni publici : hujusmodi exempla habentur in quibusdam impedimentis matrimonii : jam verò, in ea hypothesi, clarum videtur circumstantiam pœnalitatis non obstare quominus applicetur principium IV, cùm eædem omnino rationes subsistant.

75. Corollarium. — Post exposita principia generalia circa efficaciam nullitatum, nunc operæ pretium erit paucis indicare quomodo applicentur præcipuis nullitatum speciebus. Nullitates respicere possunt vel disponibilitatem bonorum, vel habilitatem personarum, vel formas in actu adhibendas.

1° Nullitates quæ respiciunt *disponibilitatem bonorum* generatim vim habent in conscientia ante sententiam judicis. Nam plerumquè fundantur in lege determinativa proprietatis, vel in motivo ordinis publici. Porrò de prioribus nulla adest difficultas, ex dictis (n° 68) : de posterioribus autem idem satis communiter admissum videtur etiam ab iis qui principio a nobis asserto (n° 71) in tota sua generalitate non assentiuntur.

2° Nullitates quæ respiciunt *capacitatem personarum*, ad duplicem classem generatim revocari possunt. Aliæ statutæ sunt primariò in utilitatem quarumdam personarum; aliæ directè et immediatè fundantur motivo boni publici. Priores reddunt contractum rescindibilem ad nutum illius in cujus utilitatem latæ sunt, ut exposuimus (n° 72) ; posteriores autem reddunt actum prorsus irri-

tum, prout probatum est (nº 71): illud vulgò admittunt etiam ii qui idem principium non applicant quoad nullitates formæ.

Itaque præcipuè nobis incumbet cura assignandi quænam nullitates pertineant ad priorem classem, quænam ad posteriorem : sermo erit de variis actibus minorum, interdictorum, uxorum; de variis incapacitatibus relativis ad accipiendum, v. g., tutoris erga pupillum, filiorum spuriorum erga parentes, medicorum et aliorum erga eos quibus curam adhibuerunt in ultimo morbo.

3º De nullitatibus quæ respiciunt *formas actuum* versatur præcipua hujus materiæ difficultas. Quando nullitas non respicit nisi instrumentum conventionis, seu quando forma non præscribitur nisi ut de conventione constet, nulla est difficultas. Porrò quando agitur de venditione et aliis contractibus ordinariis qui dicuntur non solemnes, nulla forma specialis requiritur ad eorum validitatem : non solùm possunt iniri per scripturam privatam, sed etiam per verba tantùm; si articulus 1341 scripturam exigat quando agitur de objecto cujus valor excedit 150 francos, satis patet id non respicere nisi probationem. Sed difficultas maxima exsurgit, quando agitur de contractibus solemnibus, speciatim de donationibus et testamentis; eam elucidare conabimur in secunda parte.

ART. 8. *De contractibus in fraudem legum initis.*

76. Ex jure Romano, l. 29, ff., I, III, *De Legibus*, ille dicitur agere in fraudem legis, *qui verbis legis salvis, sententiam ejus circumvenit*. Igitur fraus committitur, quando reipsa fit aliquid quod cum observatione legis conciliari nequit, et menti legislatoris contrarium est, quamvis cum ejus verbis videatur concordare. Hinc ut adsit fraus, non sufficit intentio legi se subtrahendi, sed requiritur ut revera id fiat quod lex voluit impedire. Sic ille qui ad se subtrahendum legi facit quod necessarium est ut jam ei non sit subjectus, vel eam reipsa non infringat, non committit propriè fraudem. Elucidari potest ex iis quæ traduntur *de Matrimonio* (nº 190).

Jam verò consequenter ad principia jam exposita, sta tui potest hæc

ASSERTIO. *Actus initus in fraudem legis irritantis, irritus est in conscientia ante sententiam judicis.*

Prob. 1° *Ex regulis generalibus* juris. Nihil magis in utroque jure receptum, quàm istud axioma : *Nemini fraus et dolus patrocinari debent :* atqui profectò patrocinarentur, si actus de quibus agimus non essent irriti. Pariter ex regula 84 juris, in 6°, *Cùm quid unâ viâ prohibetur alicui, ad id aliâ non debet admitti :* et ex regula 88, *Certum est quòd is committit in legem, qui verba legis complectens, contra legis nititur voluntatem.* Nihil apertius desiderari potest. 2° *Ex peculiaribus legum dispositionibus.* Multæ citari possent tum juris Romani, tum juris Gallici veteris, quæ variis casibus nostram assertionem applicant : sufficiat indicare in novo Codice civili, art. 911, 1099, 1527, de quibus in decursu dicemus. 3° *Ex ratione.* Legislator omnino insipienter egisset, si lex non irritaret actus de quibus agimus : tunc enim scopum suum evidenter non attingeret; lex illius non ferretur nisi in quamdam formulam, in quædam verba, quæ facilè vitarentur recurrendo ad alium modum quo idem reipsa obtineretur, sicque lex eos tantùm respiceret qui non satis astuti essent ad eam eludendam.

Dixi 1° *In conscientia ante sententiam judicis*, quia præter principia exposita adest peculiaris ratio. Si lex eo modo effectum suum non produceret, scopum suum legislator satis efficaciter non attingeret : nam hujusmodi fraudes plerumquè ita dissimulantur, ut in foro externo vix detegi, et a fortiori vix probari possint, ac proinde in plerisque casibus lex esset omnino inutilis.

Dixi 2° *Irritus*, et non simpliciter *rescindibilis :* id facilè intelligitur si lex irritans in cujus fraudem actus initur sit nixa motivo boni publici ; si verò nixa sit tantùm motivo boni privati, idem adhuc satis probabile videtur. Nam duplici ex capite considerari potest nullitas actûs fraudulenti : quatenus oritur a lege quam agens voluit

eludere; quatenus oritur a lege generali quæ irritat actus fraudulentos. Sub priori respectu, nullitas erit ejusdem naturæ ac si lex apertè fuisset violata. Sub posteriori autem, videtur posse ulteriùs extendi : nam nullitas actuum fraudulentorum generatim videtur directè et præcipuè fundari in motivo boni publici, eo quòd bono societatis adversaretur leges irritantes posse sic eludi.

77. Haud inutile autem erit paucis indicare præcipuos modos quibus agitur in fraudem legum irritantium. Quatuor modi assignantur a canonistis, qui primum dicunt, *de re ad rem;* secundum, *de persona ad personam;* tertium, *de contractu ad contractum;* quartum, *de loco ad locum.*

I[us] itaque modus, DE RE AD REM, tunc locum habet quando non datur præcisè substantialiter res prohibita, sed datur aliquid æquivalens. De hoc nulla est peculiaris difficultas. Citari potest in exemplum, si debitor ad eludendum articulum Codicis commercii quo irrita declarabatur solutio summarum facta intra decem dies qui præcedunt cessionem bonorum pro debitis commercialibus nondum exigibilibus, creditori tradidisset merces aut alia hujusmodi : unde in nova redactione, quæ locum habuit anno 1838, legislator huic fraudi obviam ivit, art. 446.

78. II[us] modus, DE PERSONA AD PERSONAM, locum habet quando quis, favere volens personæ prohibitæ, dat alteri, sed eâ conditione explicitâ vel implicitâ ut iste tradat priori : ille cui datur apertè seu apparenter vocatur *persona interposita.* Nullitatem talis dispositionis statuunt articuli Codicis civilis 911, 1099, 1100. Unde persona interposita, nec potest incapaci reddere, quia sic agendo evidenter ageret contra mentem legis irritantis ; nec sibi retinere, quia donator nihil ipsi dare voluit. Debet ergo rem restituere hæredibus : et si tradiderit personæ incapaci, ista primo loco tenetur restituere ; sed in ejus defectum tenebitur persona interposita, tanquam injustus cooperator.

In iisdem articulis 911 et 1100 indicantur personæ quæ relativè ad quasdam alias *præsumuntur legaliter interpositæ.* Cùm effectus hujusmodi præsumptionis talis sit

ut probatio in contrarium admitti nequeat, juxta art. 1352 Cod. civ., æquivalet incapacitati adversùs hujusmodi personas statutæ. Hujus autem motivum, juxta jurisperitos, est non tantùm præsumptio fraudis, sed conjunctio inter varias illas personas ex qua efficitur ut uni censeatur factum beneficium quod alteri confertur.

Etiam extra casus præsumptionis legalis, possunt esse *personæ de facto interpositæ*: in eo casu, ut actus declaretur irritus, probandum est personam esse reipsa interpositam. Adest autem interpositio, 1° si adfuerit pactum, sive expressum, sive implicitum, inter donatorem et donatarium apparentem, vi cujus iste se obligaverit ad rem tradendam incapaci. 2° Licèt donatarius nihil ex sua parte promiserit, si donator manifestaverit se non donare nisi cum onere, et sub conditione tradendi personæ incapaci: articulus enim 911 nec pactum, nec promissionem requirit. 3° Si donator non expressè manifestaverit suam voluntatem, sed purè et simpliciter donaverit, verùm ex circumstantiis moraliter constet donatario illius intentionem fuisse ut res incapaci traderetur, quidam putant hunc non posse talem donationem recipere, quia in rei veritate donator non vult ipsi favere. Alii dicunt posse rem recipere, eamque vel sibi retinere, vel dare illi cui favisset donator, nisi lex prohibuisset: quia voluntas absoluta et efficax donatoris est rem tradere legatario aut donatario, ejusque dominium ipsi transferre; nec potest dici *disposuisse* in gratiam personæ prohibitæ, prout exigit art. 911, quando voluntatem suam non manifestavit, nec pactum iniit. Nobis videretur decisionem multùm pendere ex circumstantiis. Si donatarius judicet donatorem absolutè voluisse ut res traderetur personæ prohibitæ, adeó ut illius intentio, si fuisset manifestata, sufficiens fuisset ad constituendum fideicommissum, tenenda videtur prior opinio: si verò donatarius judicet tantùm desiderium donatoris fuisse ut res personæ prohibitæ traderetur, sed nihil indicet eum voluisse ut huic conditioni alligaretur validitas donationis, tunc applicanda erunt quæ mox dicturi sumus. 4° Si donator expressè dicat donatario se nolle eum ullatenus

obligare, sed rogare tantùm ut tali personæ provideat, idque ex illius benevolentia sperare, videtur nihil esse contra legem; modò non interveniat pactum etiam implicitum, v. g., si absolutè facta sit donatio, et postulatio fiat per scriptum nonnisi post mortem donatoris legendum. Confirmari potest per analogiam ex illis substitutionibus quæ prohibentur art. 896 Codicis civilis : docent jurisperiti, ut postea videbimus (n° 349), substitutionem non constitui per meram donatoris postulationem seu desiderium : porrò videtur easdem rationes pro utroque casu militare.

79. III^us^ modus agendi in fraudem legis, qui dicitur DE CONTRACTU AD CONTRACTUM, tunc locum habet quando contractus quem verè intendunt contrahentes occultatur sub specie apparenti alterius contractûs. Ille modus est satis communis, et multiplici de causa adhibetur : v. g., donatio dissimulabitur sub specie venditionis, vel ad favendum personæ cui dare prohibitum est, non vendere; vel ad excedendum portionem disponibilem ; vel ne locus sit contractûs revocationi, si superveniant filii, juxta art. 960; vel ad eludenda tributa, gallicè *droits d'enregistrement*, quæ majora sunt in donatione inter extraneos quàm in venditione ; vel etiam ex motivis honestioribus, v. g., ad parcendum verecundiæ donatarii, ne concitetur invidia eorum quibus non fit similis donatio, etc. Ut judicium de his actibus feratur, hæc statui possunt.

1° Si inveniatur actum a partibus intentum et elicitum ex lege irritum esse, quia est prohibitus vel in se, vel quoad talem personam, vel quoad tale objectum, quæcumque forma adhibita fuerit, pronuntiabitur adesse nullitatem, quia verè violata est lex irritans. Applicatur tunc prior pars articuli 911.

2° Licèt actus intentus non sit contra legem irritantem, adeò ut, si apertè elicitus fuisset, validus foret : si tamen lex irritaverit expressè actum simulatum, admittenda erit nullitas. Fieri potest ut lex actum irritaverit in pœnam simulationis et fraudis. In eo sensu intelligunt non pauci art. 1099 Cod. civilis, cujus secunda pars ipsis videtur do-

nationem simulatam omnino irritare etiam quoad partem disponibilem (vid. infrà, n° 362).

3° Extra hos duos casus, quæstio movetur præsertim de donatione occultata sub specie venditionis. Etiamsi non fiat in gratiam personæ incapacis, nec ultra portionem disponibilem, quidam, inter quos præcipuè Delvincourt, propugnant esse invalidam. Non valet ut venditio, cùm desit pretium et intentio vendendi; nec ut donatio, cùm desit forma essentialiter requisita. Donatori applicandum est axioma : *Fecit quod non potuit; non fecit quod potuit.* Et in ordine ad mores, satius est stare pro nullitate, quàm pro validitate simulationis quæ plerumque adhibetur ad eludendas varias legum dispositiones.

Alii tamen actum validum propugnant. Non enim est fraus contra legem, quando simulatè fit quod potuisset fieri apertè. Art. 931 præscribens formam donationis, non respicit nisi donationes expressas; noluit lex restringere facultatem donandi qualicumque modo, sed tantummodo magis roborare donationem factam cum certis solemnitatibus.

Inter has duas opiniones aliquandiu incerta hæsit Curia suprema; sed tandem stetit pro posteriori, quæ id commodi habet quòd præcaveat innumeras lites, quibus hæredes sæpe impugnarent actus suorum auctorum sub obtentu donationis simulatæ. Eâ opinione admissâ, quidam sentiunt ibi adesse veram venditionem conjunctam cum condonatione pretii : non præcisè ipsa res donatur, sed ejus pretium. Sed potiùs dicendum videtur cum aliis, esse veram rei donationem, quæ, licèt destituta formis donationis, ut valida agnoscitur, quia per eam nec voluntas legis, nec jus ullius violatur; et aliunde per formam exteriorem contractûs onerosi satis consulitur irrevocabilitati quam legislator præcipuè obtinere voluit per formas quas præscripsit in donationibus. Juxta priorem explicationem, faciliùs conciperetur ibi non adesse mendacium ; sed etiam admissâ posteriori, dici potest simulationem nihil aliud esse quàm formam contrahendi a lege permissam, cujus sensus ex usu recepto satis determinatur, ut abstergatur

malitia mendacii, secundùm ea quæ diximus *de Justitia* (nº 281). Si autem admitteretur nullitas, hæc ultimatè repetenda foret ex omissione solemnitatum lege præscriptarum, ac proinde vis ejus determinanda foret ex iis quæ dicemus ubi *de Forma donationum*.

80. IVus modus agendi in fraudem legis, qui dicitur DE LOCO AD LOCUM, tunc adhibetur, quando quis ad se subtrahendum legis imperio, it in alium locum in quo lex illa non viget. Ille modus olim satis frequenter adhiberi poterat, propter diversitatem consuetudinum quæ varias provincias regebant. Porrò in hujusmodi casibus non attendendum est præcisè ad intentionem contrahentium, sed videndum an reipsa fecerint quidquid requiritur ut legi non sint ampliùs subjecti : tunc enim actus erit validus; quia quilibet, nisi sit sub alterius potestate, aut nisi adsit specialis prohibitio legis, potest mutare domicilium, prout ipsi libuerit.

CAPUT III.

DE CONDITIONIBUS AD CONTRACTUM REQUISITIS EX PARTE PERSONARUM CONTRAHENTIUM, SEU DE IIS QUI CONTRAHERE POSSUNT.

81. I. Si quæstio expendatur *ex jure naturali*, nulla potest esse difficultas : hi omnes et soli validè contrahere possunt qui liberum usum rationis habent. Nam ii soli possunt transferre dominium bonorum suorum, et alias obligationes suscipere, ut patet ex iis quæ dicta sunt *de Subjecto dominii* in Tr. *de Justitia* (nº 43).

Hinc 1º nequeunt contrahere *infantes*, si infantia sumatur in sensu naturali, scilicet pro statu illius qui nondum habet talem rationis usum, ut possit bonum a malo distinguere : si verò sumatur in sensu juris civilis, pro statu illius qui nondum complevit septimum ætatis annum, prout lex determinavit ex communiter contingentibus, contrahere poterit quando usus rationis annos prævertit.

Hinc 2º contrahere nequeunt omnino amentes et furiosi : secus, si non sint omnino amentes, vel si lucida intervalla habeant.

Hinc 3° contrahere nequeunt qui sunt perfectè *ebrii :* et quidem etiamsi præ cesserit prævisio aut etiam voluntas talis consensûs. Aliter judicandum de ebrietate imperfecta, quæ non tollit omnem rationis usum.

Quæ autem dicimus de contractu applicanda essent quasi-contractui, si sumeretur in sensu theologorum ; secùs verò, si in sensu jurisperitorum : facilè intelligitur ex notionibus allatis (n° 9).

82. II. Si quæstionem expendamus *ex jure civili*, multò plures et graviores oriuntur difficultates : ex art. 1123 Codicis civilis, ii omnes contrahere possunt, qui non declarantur incapaces a lege. Videndum ergo quinam incapaces declarentur. Agemus 1° de minoribus ; 2° de interdictis, et de iis quibus concilium judiciarium datum est ; 3° de uxoribus ; 4° de mortuis civiliter.

Art. 1. *De minoribus.*

83. De minoribus plura semper statuerunt leges civiles : hinc multæ inter theologos exortæ controversiæ, tum sub jure Romano, tum sub jure Gallico veteri. Indicabimus tantùm quid statuat jus nostrum hodiernum; deinde expendemus quænam sit efficacia variarum illarum dispositionum, sive in foro civili, sive in foro conscientiæ.

I° Quid statuat codex civilis *circa minorum capacitatem.* — Minores dicuntur quicumque non compleverunt annum ætatis vigesimum primum ; art. 388. Considerari possunt in triplici statu : vel sub potestate paterna , vel sub tutela, vel ab utraque immunes per emancipationem.

84. I. Minores sunt *sub potestate paterna*, quando nec patre nec matre orbati supponuntur. Si habeant bona propria, pater habet eorum usumfructum vel administrationem, prout diximus in Tr. *de Justitia* (n° 71). Quoad autem contractus a minore initos, applicanda sunt quæ mox dicturi sumus de casu tutelæ, cum quibusdam tantùm restrictionibus per ipsam legem indicatis.

85. II. De minoribus *sub tutela*. Duplex distinguitur tutela : *officiosa*, et *ordinaria*. De priori, quam ordinant art. 361 et seq., non dicemus, quia vix unquam est in usu, et

sub respectu quem nunc expendimus non differt a tutela *ordinaria*. Hæc autem definitur : *Munus jubente aut permittente lege alicui impositum ad personam et bona minoris gratuitò administranda.* Triplex est : *legitima,* quæ a lege et pleno jure defertur patri, aut matri, aut ascendentibus ; art. 390 et seq., 402 et seq. : *testamentaria*, quæ defertur a patre vel matre superstite, saltem post mortem deferentis exercendam ; art. 397 et seq. : *dativa*, seu *nominativa*, quæ defertur a concilio familiæ, deficiente tutelâ, sive legitimâ, sive testamentariâ ; art. 405 et seq. De his plura occurrunt apud jurisperitos : hæc sufficiant ad scopum nostrum.

1° Minores sub potestate tutoris constituti nihil agere possunt *proprio nomine,* etiam cum tutoris auctoritate : in cunctis negotiis civilibus a tutore repræsentantur, eique quoad personam suam subjiciuntur, salvo tamen suo recursu contra malam ejus gestionem ; art. 450.

2° *Ipse tutor* variis regulis subjicitur quoad bona minorum. Sunt enim actus quos per seipsum solus elicere potest ; sunt in quibus requiritur concursus concilii familiæ ; in quibusdam requiritur interventus tribunalis ; quidam demum absolutè prohibentur. *Solus* elicit actus administrationis, v. g. locationes init, art. 1719 ; vendit bona mobilia, art. 452, 453 ; recipit solutionem redituum, etc. Indiget *concursu concilii familiæ* quoad actus qui haberi nequeunt ut meræ administrationis, v. g., ad acceptandam vel repudiandam successionem, vel donationem, art. 461, 463 ; ad vendendum census publicos supra 50 fr. reditûs annui, etc. Indiget *auctoritate magistratûs* seu *tribunalis* ad mutuum sumendum pro minore, vel constituendam hypothecam super illius bonis, vel alienanda bona immobilia, art. 457, 458 ; ad faciendam firmam partitionem, vel transactionem, art. 466, 467. Tandem *omnino prohibetur* lites ad minorem spectantes judicio arbitrorum subjicere (gallicè *compromettre*), art. 83, 1004 Cod. judicialis.

86. III. *De minoribus emancipatis.* Emancipari dicuntur minores, quando patriâ potestate vel tutoris auctoritate exeunt, jusque seipsos regendi et bona sua administrandi

acquirunt. Duplex distinguitur emancipatio : legalis seu tacita, quæ fit ipso jure per matrimonium, art. 476 ; expressa, seu voluntaria, quæ a patre vel a matre superstite fieri potest, juxta art. 477, 478 Cod civ. Minor emancipatus jam non repræsentatur per alium, quemadmodum minor sub tutela ; sed agit proprio nomine : non tamen fit ab omni incapacitate immunis, sed constituitur in quodam statu medio inter majorem et minorem sub tutela : quosdam actus potest ipse solus elicere ; quosdam nonnisi cum assistentia curatoris ; quosdam nonnisi cum concilio familiæ ; quosdam verò nullo prorsus modo. Potest *propriâ auctoritate* et sinè assistentia curatoris agere quidquid meræ administrationis est, reditus bonorum suorum percipere, fundos ad novem annos locare, art. 481 ; item elicere actus commercii, art. 487, modò ad illud exercendum impletæ fuerint conditiones præscriptæ art. 2 et 6 Cod. commercii. Indiget *assistentiâ curatoris* ad rationes tutelæ accipiendas, art. 480 ; ad partitionem peragendam, art. 840 ; ad standum in judicio pro rebus suis immobilibus, vel recipiendum summas sibi debitas, art. 482 ; ad acceptandas donationes, art. 935. Indiget *concursu concilii familiæ*, et *auctoritate tribunalis*, ad pecuniam mutuo accipiendam, art. 483 ; ad vendendum aut alienandum res immobiles, vel circa illas conventionem ineundam quæ meræ administrationis fines excedat, etc., art. 484. Vid. etiam art. 457, 458, 461, 467. Demum *nullo modo* potest donationes facere inter vivos, nisi in casu matrimonii ad sensum art. 1309 et 1398 ; per testamentum autem, disponere potest tantùm de dimidia parte bonorum de quibus disponere potest major, art. 903 et 904. Pariter non potest ad arbitros recurrere, secundùm ea quæ diximus modò (nº 85).

Igitur in gratiam minorum lex præscribit varias formas, quæ duplicis generis distingui possunt : aliæ *communes*, quæ spectant ad generalitatem actuum, et nihil aliud sunt quàm minoris repræsentatio per tutorem (quando non est emancipatus), vel assistentia curatoris (quando est emancipatus) ; aliæ *speciales*, nempe concursus concilii familiæ, auctoritas tribunalis, etc.

87. II° Qualis sit nullitas *actuum quos eliciunt minores.* — Non adesse nullitatem absolutam generatim admittitur. Ex art. 1125, ii qui contraxerunt cum minore, non possunt ipsi opponere ejus incapacitatem; ergo ipse solus nullitatem invocare potest. Ex art. autem 1311, non potest ampliùs actum etiam irritum in forma impugnare, quando eum ratihabuit ex quo major factus est. Adest solummodo dubium quoad donationem factam minori, et ab eo acceptatam sinè auctoritate tutoris aut curatoris : non pauci putant eam esse ita irritam, ut nullitas possit invocari ab ipso donatore; quia donatio, utpote contractus solemnis, est absolutè irrita, quando desunt solemnitates præscriptæ; una autem ex his solemnitatibus est acceptatio expressa, quæ in præsenti casu non adest modo debito. Quod si admittatur, nullitas orietur, ut patet, non tam ex inhabilitate minoris, quàm ex defectu formæ ad donationem præscriptæ.

88. Sed quæstio superest, an locus sit nullitati, an tantùm rescissioni? — Multùm abest quin ea de re concordent jurisperiti. Quidam sentiunt actus non esse irritos, sed tantùm rescindibiles in casu læsionis : undè admittunt hoc axioma : *Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam læsus.* Ex una parte, inquiunt, minor juxta art. 1125 non potest postulare nullitatem actûs, nisi in casibus a lege prævisis; articulus autem 1305 non extenditur ultra casum læsionis. Ex altera parte, motivum legis fuit tantùm impedire ne minores deciperentur; si autem læsi non fuerint, facto constat eos non fuisse deceptos.

Verùm alii, hodie satis communiter, admittunt quosdam actus minorum esse irritos ad nutum minoris independenter a læsione. Nam ex art. 1124 minores declarantur incapaces; porrò incapacitas inducit ex natura sua nullitatem independentem a læsione : ibi æquiparantur interdictis, et uxoribus, pro quibus non exigitur læsio. Insuper art. 1311 manifestè supponit quosdam actus esse *irritos in forma*, quosdam verò obnoxios tantùm *restitutioni*, id est, rescindibiles ob læsionem. Porrò per actus irritos in forma ii intelligendi sunt qui carent formis specialiter præscriptis ratione minoritatis, non verò ii qui carerent formis quarum

omissio eos irritos redderet etiamsi inirentur a majoribus. Evidens est enim, ait D. DEMANTE, articulum illum non posse applicari, v. g., donationi formâ suâ destitutæ : si enim talis donatio fieret a minore, ejus simplex ratihabitio non posset eam validam reddere, cùm nec ipsa majoris ratihabitio id operetur, ex art. 1339. Tandem art. 1312 supponit minorem aliquando restitui præcisè tanquam minorem (*en cette qualité*); ac proinde independenter a læsione, ut aliunde satis ostendit ultima dispositio articuli.

Sed controversia est, quinam actus sint irriti, quinam tantùm rescindibiles, quinam irrescindibiles; seu aliis verbis, quinam actus impugnari possint a minore, et in quibusnam ipsi necessarium sit probare læsionem. Ut illud elucidemus, duplicem actuum classem distinguemus.

89. I. *De actibus pro quibus præscribuntur formæ speciales.*—Duo statui possunt. 1° *Si servatæ sint illæ formæ, actus sunt irrescindibiles.* — *Prob.* Lex ipsa minori noceret, si, etiam servatis formis per eam præscriptis, securè cum minoribus conventiones iniri non possent. Reipsa ita erat sub jure Gallico veteri : et testantur jurisperiti maximum inde damnum exortum fuisse pro minoribus, quibuscum nemo contrahere volebat, et qui ideo amittebant occasiones opportunas lucrandi. Porrò voluit novus legislator hæc incommoda præcavere; ideoque multas cautiones, certasque solemnitates præscripsit, quibus servatis, satis providetur minorum securitati. Hoc autem posito, statuere potuit ut actus sic initi nullii restitutioni essent obnoxii: et reipsa ita statuit, 1° art. 461, 462, quoad acceptationem successionum; 2° art. 463, quoad donationes factas minori; 3° art. 466, 840, 1314, quoad partitiones in materia successionum; 4° art. 1314, quoad alienationes immobilium; 5° art. 1309, 1398, quoad conventiones matrimoniales; 6° quoad transactiones, art. 167, et art. 2052 quem etiam ad casum minoris extendunt jurisperiti. Idem ait PROUDHON modo generali et absoluto, et reipsa dicendum videtur, de omnibus casibus in quibus constitutæ sunt formæ speciales.

2° *Si servatæ non fuerint formæ illæ speciales, actus*

sunt prorsus irriti ad nutum minoris, independenter a læsione. — *Prob.* Ex iis omnibus quæ mox allata sunt ad ostendendum quosdam actus esse irritos independenter a læsione : hic enim, si unquam, applicantur. Unde jam illud agnoscere videntur ferè omnes jurisperiti.

Hinc 1° si tutor negligat formas pro quibusdam actibus ipsi præscriptas, v. g., assensum concilii familiæ, auctoritatem tribunalis, etc., actus erunt prorsus irriti. Id nullam pati potest difficultatem; quia si tutor non agat ut talis, jam est veluti extraneus, seu mandatarius qui excedit fines mandati, ac proinde ipsi applicandus est art. 1998.

Hinc 2° idem dicendum, si ipse minor actus eliciat, omissis iisdem formis, seu solemnitatibus, licèt haberet consensum seu auctoritatem tutoris, aut curatoris.

Hinc 3° idem a fortiori dicendum de actibus qui absolute prohibentur sive minori, sive tutori.

90. II. *De actibus pro quibus non præscribuntur formæ speciales.* — Plures sunt casus in quibus lex ipsa declarat locum non esse rescissioni, nec a fortiori nullitati. 1. Minor emancipatus, quoad actus meræ administrationis quos solus elicere potest, habetur ut major, ut ex art. 481 Cod. civ. jam diximus. 2. Idem dicendum, ex art. 487, 1308, de minore qui commercium aut artem exercet. 3. Non datur locus rescissioni, quando læsio oritur tantùm ex eventu fortuito et non præviso ; art. 1306 : v. g., conventio inita circa domum non est facta minori noxia nisi quia domus postea incendio consumpta est. 4. Non datur etiam locus rescissioni, quoad obligationes quæ oriuntur ex delicto vel quasi-delicto; art. 1310 : non enim concedi debet minori privilegium ad committendam fraudem vel injustitiam. Quando igitur dolum admisit in contractu, et ex eo dolo sequitur damnum alterius, tenetur illud reparare. Statuit tamen art. 1307, *simplicem declarationem majoritatis*, factam a minore, non obstare rescissioni; quia alioquin plerumque obtinebatur illa declaratio, et sic evanescebat privilegium minorum : sed ipsa verba satis ostendunt aliud dicendum fore, si minor adhibuisset fraudem aut machinationes. Idem applicandum videtur

ei qui falsò declararet se commercium exercere. 5. Non adest ampliùs locus rescissioni, quando post majoritatem adfuit ratihabitio. 6. Demum juxta quosdam, non potest rescindi conventio seu actus per quem minor satisfecit obligationi naturali, quia læsus dici nequit, vel incapax reputari ille qui rem debitam dedit aut præstitit.

Extra hos casus, duplex exstat opinio.—Iª tenet *actus initos a minore regulariter*, seu cum formis legalibus, *esse rescindibiles* in casu læsionis; *initos* verò *irregulariter esse irritos*, etiam independenter a læsione.— *Prob.* 1° Ex art. 1305. Ille articulus statuit locum esse rescissioni in gratiam minoris *in omnibus conventionibus;* ac proinde etiam initis regulariter. Idemque deduci potest ex art. 2252, qui statuit ut præscriptio non currat contra minorem; et ex art. 481 Cod. judicialis, quo facultas minori conceditur impugnandi judicia adversùm se lata, in quibus omissa fuere momenta valida, licèt tutor pro ipso intervenerit. Igitur minori relicta est modo generali facultas obtinendi rescissionem, etiam quando non illi defuit repræsentatio aut assistentia qualis per legem requiritur : in hoc distingui debuit a majore, quia semper fieri potuit ut extranei rem illius non satis cautè administraverint. Sunt quidem, ut jam retulimus, plures actus in quibus lex rescissionem non admittit. Sed de his singulis tam sedulò declarat eos rescindi non posse ob læsionem, ut eo ipso satis ostendat has esse totidem exceptiones, et principium generale stare pro rescissione actuum etiam in forma validorum. 2° Ex art. 1311, actus qui habendi sunt ut irriti independenter a læsione, ii sunt *quibus defuit forma.* Porrò tales sunt ii quos vocamus irregulares : quænam est enim forma actûs minoris, nisi ut fiat vel per tutorem, vel cum assistentia curatoris? Et revera ex art. 450, tutor minoris vices gerit in omnibus actibus civilibus: ergo minor per seipsum agere nequit.

91. IIª Opinio docet *actus initos a minore regulariter esse omnino firmos et irrescindibiles; initos* verò *irregulariter esse tantùm rescindibiles* ob læsionem. — *Prob.* 1° Ex art. 450, minor repræsentatur legaliter per tutorem :

porrò hinc obvium est concludere eum obligari per actus regulariter initos a tutore. Insuper ex eodem articulo, recursus tribuitur minori contra tutorem pro damno sibi illato : jam verò quale damnum minori timendum erit, si non ligetur per actus tutoris, et possit rescindere eos in quibus læsus fuerit? Et revera lex ipsa varia admisit ejusdem principii consèctaria. Sic ex art. 462, si successio, a tutore regulariter repudiata, fuerit ab altero acceptata, nullus minori relinquitur recursus. Aliquid simile occurrit art. 1663, 1676, 2278 Cod. civ. et art. 444 Cod. judic. 2° Art. 1305 et alii in quibus admittitur rescissio ob læsionem, intelligendi sunt de actibus a minore initis irregulariter, id est, sinè repræsentatione tutoris aut assistentia curatoris. Etenim 1. art. 1124 declarat quidem minores incapaces contrahendi ; unde sequi videretur eorum actus non esse tantùm rescindibiles, sed et irritos. Verùm statim subditur, art. 1125, minorem non posse titulo incapacitatis actus suos impugnare nisi *in casibus lege determinatis*. Igitur hic statuitur solummodo principium generale, cujus applicatio et sensus determinari debent ex aliis dispositionibus. 2. art. 1305 intelligi potest et debet de actibus elicitis a solo minore, seu irregulariter. Deducitur, tum ex secunda hujus parte, quæ, agens de minore emancipato, manifestè non respicit nisi actus ab ipso initos, contra legis præscriptum, sinè assistentia curatoris ; tum ex antecedentibus et consequentibus : art. 1304 loquitur de actibus *initis a minore ;* art. 1307, statuendo simplicem declarationem majoritatis non obstare rescissioni, apertè supponit actum in quo non intervenit tutor ; vid. etiam art. 1308, 1309, 1310, in quibus idem observari potest. 3. Eodem sensu explicatur art. 481 Cod. judic. Eo ipso quòd defuit defensio, aut defensio sufficiens, minor censetur non fuisse repræsentatus. 4. Quando art. 1311 loquitur de actibus irritis in forma, intelligendus est de iis quibus desunt formæ speciales per legem præscriptæ, sive aliunde initi sint a minore solo, sive ab ipso tutore. Ergo, etc. 3° Idem deduci potest ex mente legislatoris hodierni. In discussione Codicis civilis, varii oratores satis clarè

affirmant actus a minore initos sinè tutore rescindi non posse nisi ob læsionem. Deinde satis constat voluisse legislatorem impedire ne quod leges statuerunt in gratiam minorum, in eorum damnum verteretur, prout sæpe olim apud nos evenisse jam dictum est. Scilicet olim jam explorati juris erat actus meræ administrationis a tutore initos non esse rescindibiles ob læsionem (POTHIER, *Procéd. Civil.*, part. V, c. IV, art. 2, § I in fine) : dum contrà in actibus majoris momenti, etiam servatis formis specialibus non removebatur rescissio ob læsionem (HENRYS, l. IV, c. VI, q. XXII, t. II, p. 257). In eo rerum statu, opportunum fuit ut lex apertè declararet posteriores hosce actus omnino irrescindibiles; et hæc est ratio cur tantâ curâ id declaratum fuerit : de prioribus autem, id minùs necessarium erat. Sed supponi nequit legislatorem qui firmitatem contulit actibus qui habebantur ut rescindibiles, non eam reliquisse iis qui jam eâ potiebantur : utrobique par erat ratio, ne scilicet ii qui cum minore contraxissent juxta formas legales exponerentur rescissioni, sicque ultimatè omnes deterrerentur ab hujusmodi conventionibus ineundis. 4° Tandem Curia suprema judicavit, 18 junii 1844, actum a minore elicitum sinè assistentia tutoris non posse rescindi nisi in casu læsionis : unde deduci possunt cæteræ præsentis opinionis partes.

Talis est secunda hæc opinio, quæ magnum robur accipit ex hoc judicio Curiæ supremæ, cui mirabantur jurisperiti nondum delatam fuisse hanc quæstionem. Eâ admissâ, ad hoc reducitur quidquid spectat ad capacitatem minorum. 1° Actus destituti formis specialibus sunt prorsus irriti (n° 89), sed nullitate tantùm relativâ, exceptâ fortè donatione ipsis factâ (n° 87). 2° Actus destituti formâ communi, seu eliciti sinè tutore aut curatore, sunt rescindibiles ex læsione (n° 91), exceptis quibusdam casibus per legem determinatis (n° 90). 3° Actus vestiti formâ communi sunt generatim irrescindibiles (n° 91); a fortiori vestiti formis specialibus (n° 89).

92. III° *Quid sentiendum* IN FORO CONSCIENTIÆ *de actibus minorum?* — Cùm apud omnes constet scopum legis

fuisse succurrere debilitati minorum, sequitur hic applicandum esse principum quod statuimus de lege irritante fundata primariò et immediatè motivo boni privati (n° 72). Sufficiat nunc quædam observare, ut hæc applicatio debito modo fiat.

1° Cùm illi actus non sint in se irriti, sed tantùm ad nutum minoris, potest qui cum eo contraxit contractui stare donec nullitas invocetur : sed non potest exspectare donec sententia lata fuerit a judice; ipsi sufficere debet postulatio minoris, quando causa est omnino aperta.

2° Minor potest tutâ conscientiâ uti beneficio legis; sed non debet ultra legis concessionem progredi; imò intra limites, non tantùm legis, sed et bonæ fidei, stare debet. Hæc assertio meliùs intelligetur ex consectariis quæ ex ea educi possunt.

Hinc 1° quamvis doceant plures theologi recentiores, modo generali, minorem non posse dissolutionem contractûs postulare, nisi in sui detrimentum vergat, illud non est omnino accuratum. Supponunt enim illi auctores minorem non restitui nisi in casu læsionis : quod falsum esse ostendimus, cùm irriti sint saltem actus formis specialibus destituti. Quando ergo lex declarat actus irritos independenter a læsione, non videtur ratio sufficiens cur rescissionem, seu potiùs nullitatem, postulare non posset. Revera eodem modo tunc militant momenta allata in principio mox memorato.

Hinc 2° si quis cum minore contraxerit bonâ fide, nesciens eum esse minorem, vel ignorans aut non advertens legem latam in gratiam minorum, vel putans minorem non esse contractu in sui perniciem abusurum, quamvis doceant quidam theologi minorem non posse beneficio legis uti, quia alter non debet damnum pati ob suam bonam fidem, non ita hodie sentiendum putamus. Cùm enim lex lata sit, non in pœnam illius qui cum minore contrahit, sed in gratiam minoris, parvi interest, ut observat Solon, sub eo respectu, an alter bonæ, an malæ fidei fuerit.

Hinc 3° stat privilegium minoris, licèt ab altero con-

trahente non fuerit deceptus, sed scienter et cum sufficienti cognitione egerit. Lex enim nititur præsumptione generali periculi : ergo, licèt in aliquo casu peculiari non evenerit illud quod timetur, lex vim suam servat, quia semper verum remanet periculum esse ne illud eveniat. Ita Billuart : et confirmari potest ex art. 1307, ex quo minor qui se majorem simpliciter declaravit, non ideo excidit e suo privilegio : quamvis tunc potiùs ut deceptor, quàm ut deceptus habendus sit.

Hinc 4° stat etiam privilegium minoris, licèt per suam culpam contractum in sui perniciem converterit, v. g., pecuniam mutuo aut ex alio contractu acceptam dissipando, vel in pravos usus impendendo. Ratio est, quia id præcisè lex intendit, scilicet impedire ne minor ex imprudentia, vel cupiditatum æstu abreptus, bona sua dissipet.

Hinc 5° non potest minor suo privilegio uti, quando ex contractu ditior factus est, vel quando injustum damnum intulit alteri contrahenti. In his casibus, præter contractum, exstant tituli vel rei acceptæ, vel injustæ damnificationis, quibus lex derogare noluit. Hanc esse mentem legislatoris satis intelligitur ex dictis. Sed addendum est in foro interno, minorem teneri stare intra limites, non tantùm legis, sed et bonæ fidei : scilicet ex dispositione legis, illi qui cum minore contraxit incumbit onus probandi eum factum esse ditiorem, vel admisisse dolum aut fraudem : si illud probare nequeat, et tamen de hoc sibi conscius sit minor, non potest uti beneficio legis ; sed debet restituere id in quo reipsa ditior factus est, vel in quo damnum injustum intulit.

93. *Nota.* Ut ea omnia, quæ de inhabilitate minorum dicta sunt, legitimo sensu accipiantur, quædam restrictiones necessariò afferendæ sunt variis decisionibus allatis. Sunt enim plures circumstantiæ, in quibus dubium non est quin valeant et firmi stare debeant contractus a minoribus initi. Sic quando agitur de rebus quæ liberæ pupillorum voluntati omnino dimittuntur, ut esse solent ea quæ ipsis dantur in usus pios vel honestos expendenda, nulla potest esse difficultas : quis ambigat, inquit Collet,

an ingenuus juvenis, etiam infra decennium ætatis, vel stipem largiri validè possit, vel librum fructusve aliquot emere? Sic etiam qui studiorum causâ absunt a domo paterna, possunt profectò inire contractus necessarios ut suis necessitatibus provideant. Pariter minores qui, urgente necessitate, quando ad parentes aut tutorem recurrere nequeunt, v. g., morbo laborantes, in regione extranea detenti, etc., mutuum accipiunt, vel ad alios contractus recurrunt, debent profectò iis stare : alioquin quod in eorum gratiam sancitum est, contra eos evidenter converteretur. In hujusmodi casibus, lex ipsa civilis admittit plerumque validitatem contractuum, sive quia adest aut adesse censetur consensus sufficiens ex parte parentum aut tutorum, sive quia applicari possunt quædam ex rationibus propter quas, secundùm antea dicta, minores excidunt e suo privilegio, v. g., quia ditiores facti sunt, quia alioquin ex dolo et fraude fructum perciperent, etc.

ART. 2. *De interdictis et iis quibus datum est concilium judiciarium.*

94. Major potest generatim elicere omnes actus vitæ civilis; art. 488. Fieri tamen potest ut ex infirmitate morali incapax sit bona sua administrandi. Tunc lex huic incommodo medetur per interdictionem aut concilium judiciarium.

Conjux et quilibet consanguineus potest provocare sententiam interdictionis; item in casu furoris, vel deficientibus conjuge et consanguineis, procurator regius; art. 490, 491. Causa defertur ad tribunal primæ instantiæ, quod, servatis variis formis per legem determinatis (art. 492-501), pronuntiat *interdictionem*, quando adest status habitualis imbecillitatis, amentiæ aut furoris, etiamsi ille status admittat intervalla quædam lucida ; art. 489. Hæc interdictio vocatur *judiciaria*, per oppositionem ad eam quæ dicitur *legalis*, cui subjicitur, durante pœnâ, ille qui damnatus est ad triremes ad tempus, vel ad pœnam detentionis aut reclusionis, juxta art. 29 Cod. pœnalis. Tunc datur tutor interdicto, eo modo qui determinatur

art. 506 et seq. Cod. civilis. Cessante autem causâ, cessare potest interdictio per novam judicis sententiam; art. 512.

Si causa non videatur tribunali satis gravis ut pronuntietur interdictio, et tamen satis periclitetur recta bonorum administratio, tunc datur concilium judiciarium; art. 499. Dari potest etiam in casu prodigalitatis; art. 513. Olim ille casus dabat locum interdictioni; at non hodie.

His præmissis, videndum quid lex statuat, et quid tenendum in conscientia.

95. I. *De interdictione.* — 1° Actus initi *post judicium* interdictionis sunt ipso jure irriti; art. 502. Quisnam sit sensus illius articuli jam exposuimus (n° 64) : adest ergo nullitas juris, sed tantùm relativa, prout *ibidem* diximus ex art. 1125; id est, statim ac profertur judicium, actus declarandi sunt irriti, quin opus sit ullâ discussione, et independenter a læsione. Unde quocumque sensu admittatur ea regula, *Minor restituitur tantùm ut læsus* (de quo suprà), apud omnes constat eam non esse applicandam interdictis.

2° Quoad actus initos *ante judicium* interdictionis, vel eorum nullitas postulatur adhuc vivente interdicto, vel eo jam mortuo. Si *adhuc vivente interdicto*, actus non sunt ipso jure irriti, sed irritari possunt a judice, si causa interdictionis notoria esset tempore quo initus est contractus; art. 503. Ratio est, quia vera causa nullitatis non est præcisè sententia interdictionis, sed præcipuè dementia quæ huic locum dat. Si verò *mortuus sit* ille qui interdici potuisset aut debuisset, tunc distinguendum est inter contractus onerosos, et gratuitos. *Contractus onerosi* ab eo initi non possunt argui dementiæ causâ, nisi in duobus casibus : si nempe interdictio postulata jam fuisset ante ipsius mortem, vel si ex ipsomet actu colligeretur dementia; art. 504. Quoad *contractus* verò *gratuitos*, id est, donationem vel testamentum, existimant MALEVILLE et DELVINCOURT, iis pariter applicandum esse art. 504, qui est omnino generalis, et cujus motivum valet præsertim pro contractibus gratuitis. Agnoscit tamen DELVINCOURT

communiorem esse opinionem, quæ tenet hujusmodi actus posse ex art. 901 impugnari, etiam extra casus in art. 504 memoratos : et in eo sensu stat jurisprudentia.

96. II. *De concilio judiciario.* — Ii quibus datum est concilium judiciarium, non possunt litigare, transigere, mutuam pecuniam accipere, credita percipere, bona sua alienare, nec ea in pignus vel hypothecas tradere, sinè assistentia prædicti concilii; art. 499, 513. Sed possunt alios actus hic non expressos inire, et in iis ipsis proprio nomine agunt; unde patet quantùm etiam quoad hos ab interdicto differant. Priores verò si ineantur sine prædicto concilio, sunt eodem modo irriti ac actus ab interdicto initi post judicium interdictionis; art. 502. Sed quoad actus initos ante sententiam, agnoscunt omnes jurisperiti in casu prodigalitatis eos non posse ullo modo impugnari : in casu verò dementiæ aut imbecillitatis, quamvìs dicant quidam theologi applicanda esse quæ diximus de interdictione, observant jurisperiti art. 503 non loqui de concilio judiciario; unde recurri posset solummodo ad art. 901 quoad donationem et testamentum.

97. III. Quænam *nullitas in foro conscientiæ* oriatur ex interdictione, vel concilio judiciario? — Ut accuratè solvatur quæstio, restringenda est ad casum quo nullitas referenda est tantùm ad jus civile : si enim talis fuerit dementia, aut mentis imbecillitas, ut defuerit consensus ex jure naturali requisitus, nulla potest esse difficultas, ex dictis in cap. I. Stando igitur intra limites juris civilis, facilè ex hactenus expositis colligitur, nullitatem statutam fuisse in gratiam eorum qui vel interdictioni, vel concilio judiciario subjiciuntur; ideoque recurrendum esse ad principium quod posuimus de lege irritante fundatâ primariò in motivo boni privati (n° 72), hicque applicari posse pleraque ex iis quæ modò diximus de actibus elicitis per minores.

Art. 3. *De uxoribus.*

98. Plura huc attinentia jam diximus in Tr. *de Justitia* (n° 74 et seq.), ubi de *Dominio uxorum.* Sufficiat nunc

ob oculos ponere varias dispositiones legis, quæ ad facultatem contrahendi referuntur, ut deinde exponamus quænam sit natura et vis nullitatis quæ exinde oritur, sive coram ipsa lege, sive in foro conscientiæ.

I. *Principium generale juris* quoad uxorem, his verbis exprimi potest : *Uxor generatim non potest disponere inter vivos, sine consensu speciali mariti*, *vel auctoritate judicis.*

Prob. Ex art. 1124, uxores sunt incapaces contrahendi in casibus per legem expressis. Porrò ex art. 217, uxor, etiam minimè communis, vel separata in bonis, non potest donare, alienare, in hypothecam dare, acquirere titulo gratuito vel oneroso, sine concursu mariti in ipso actu, vel ejus consensu scripto : idemque sancitur art. 776 quoad acceptationem successionum, et art. 905 quoad donationem inter vivos. Ex his apertum est principium generale, quod evolvi et explicari debet.

Dicitur 1° *Generatim*, quia nonnulli actus excipiendi sunt. 1. Si uxor publicè mercaturam exerceat, consentiente marito : tunc ex art. 220 Codicis civilis, et art. 5 Codicis commercii, potest se obligare in iis quæ spectant ad ipsius commercium a marito separatum, et si adsit communitas, obligat ipsum maritum ; adest enim consensus tacitus mariti, cùm ex art. 4 Codicis commercii uxor negotiationem exercere nequeat sinè consensu mariti. 2. Si adsit separatio bonorum, uxor habet bonorum suorum administrationem, et potest disponere de bonis mobilibus et ea alienare; ita art. 1449, 1536 : sub regimine autem dotali, uxor habet pariter administrationem bonorum paraphernalium; art. 1576. Sed etiam in illis casibus, non possunt, ex art. 1449, 1538, alienari, vel in hypothecam dari bona immobilia. 3. Obligari potest uxor, sive ratione delicti aut quasi-delicti, sive vi istius principii, quòd *Nemo debeat locupletari cum damno alterius* ; art. 216, 1241, 1312. Possunt hic applicari plura ex iis quæ diximus circa minores (nis 92, 93). 4. Demum obligari potest quoad impensas quæ dicuntur *de ménage*, saltem generatim loquendo; censetur maritus ipsi dedisse mandatum.

Dicitur 2° *Inter vivos*, quia uxor potest disponere per testamentum; art. 226, 905 : testamentum non valebit nisi post ipsius mortem, ac proinde quando non ampliùs subsistet auctoritas maritalis.

Dicitur 3° *Sinè consensu speciali mariti*, quia non sufficit consensus datus modo generali : si generaliter detur, etiam in contractu matrimonii, non valebit nisi quoad administrationem bonorum; art. 223 ; non verò quoad alienationem immobilium; art. 1538. Ratio est, quia consensus generatim datus subtraheret quodammodo uxorem ab auctoritate mariti; quod contrarium reputatur ordini publico.

Dicitur 4° *Vel auctoritate judicis*, quia judex potest aliquando supplere consensum mariti, et uxorem reddere habilem ad contrahendum : 1. si maritus deneget consensum; art. 219 Codicis civilis, et art. 861-864 Codicis judicialis : 2. quando maritus non potest consensum præstare, quia damnatus fuit ad pœnam afflictivam aut infamantem, art. 221, vel quia est interdictus aut absens, art. 222 : 3. si maritus sit minor; art. 224.

99. II. *Qualis sit coram lege nullitas actuum quos elicit uxor sinè consensu mariti?* — Solutio quæstionis multùm pendere debet a principio incapacitatis, seu a motivo ex quo incapacitas illa uxoris, sub jure Romano ignota, fuit inducta olim apud nos in provinciis juris consuetudinarii, et in quibusdam juris scripti. Porrò variæ erant jurisperitorum opiniones. Existimabat Bouhier, et quidem satis verisimiliter, veram hujus nullitatis originem deducendam fuisse ex eodem principio, quod ipsam communitatem conjugalem induxerat, nempe ex quadam honestate publica : cùm enim tam arcto vinculo jungantur conjuges, viroque tanquam capiti mulier adhærere debeat, parum decere videbatur ut uxores absque concursu mariti cum aliis negotia agerent, nec ejus consilia requirerent cui nihil occultum habere, quo inconsulto nihil agere debent. Hinc concludebant varii auctores hanc fuisse nullitatem independentem a quacumque læsione, sive mariti, sive uxoris, proindeque dici debuisse etiam absolutam, in eo

sensu quòd pertineret ad ordinem publicum, utpote innixam bonis moribus et honestati publicæ : quamvis apud omnes non constaret an ab omnibus, an a quibusdam tantùm proponi posset. Sed sub jure novo indicant art. 225 et 1125 rem aliter intellectam fuisse; quamvis principium vetus omnino consentaneum futurum fuisset principio articuli 1388 Quidquid sit, stando dispositionibus Codicis civilis, hæc observari possunt.

1° Non adest tantùm locus rescissioni, sed *nullitati* : id est actus debet declarari irritus, independenter a qualibet læsione, eo ipso quòd defuit auctoritas maritalis. Id ab omnibus admissum videtur. Hinc uxori applicari debent in tali casu art. 1241 et 1312.

2° Certum est ex art. 225 et 1125, hanc nullitatem esse tantùm *relativam*, in eo sensu quòd non possit ab omnibus invocari, nisi fortè quando agitur de donatione. Unde concludendum videtur validam esse posse fidejussionem obligationis quæ per hanc nullitatem attingitur, juxta art. 2012. — Dicimus *Nisi fortè quando agitur de donatione*, quia si donatio acceptata fuerit sinè mariti consensu quem exigit art. 934, dubium movetur an nullitas ab ipso donatore invocari possit, quemadmodum ubi de minore moveri vidimus (n° 87). Idem in utroque casu dicendum putamus.

3° Si uxor actum irritum ratihabeat cum consensu mariti, actus firmabitur, imò censebitur valuisse ab initio. Si ratihabeat sinè consensu mariti, ratihabitio non magìs valebit quàm ipse actus. Quid verò, si maritus ipse solus ratihabeat? Ratihabitio vim non habebit, si res non sint ampliùs integræ, id est, si uxor actum jam retractaverit, vel si jam mortua sit. Sed si res sint integræ, non pauci dicunt per ratihabitionem mariti ita tollendam fore nullitatem, ut a nemine, ne ab ipsa quidem uxore, invocari possit : quia statim ac consensui uxoris non revocato accedit consensus mariti, jam nihil deest, et perfectus efficitur actus. Sed plures exigunt novum uxoris consensum, quia alioquin maritus non potest eam spoliare jure quod habet actum impugnandi, seu *ex non jure obligata facere obligatam*.

100. III. *Quid in foro conscientiæ de actibus ab uxore elicitis sinè consensu mariti?* — Solvenda videtur difficultas ex principio quod asseruimus circa nullitates quæ pro objecto primario habent utilitatem privatam quorumdam (n° 72); id est, actus non est invalidus, sed resolubilis in conscientia, et ante sententiam judicis, ad nutum eorum quibus per legem facultas tribuitur nullitatem postulandi.

1° Quoad *maritum*, non videtur esse difficultas; cùm in ejus præcipuè gratiam sancita sit nullitas, potest in conscientia uti beneficio legis : sed debet stare intra illius limites. Potest ergo nullitatem invocare, licèt læsionem propriè dictam expertus non fuerit; sed si ditior inde evaserit, debet restituere, prout jam exposuimus ex art. 1312 et 1241.

2° Quoad ipsam *uxorem*, res videri posset non ita aperta : cùm ex una parte lex præcisè ipsi favere non intenderit; et ex altera, non possit nullitatem invocare nisi propriam culpam allegando : unde dicunt quidam recentiores theologi, absque distinctione et discussione, uxorem teneri in conscientia restituere, non solùm id in quo ditior facta est, sed etiam quodcumque accepit ab iis quibuscum contraxit, modò non fuerit læsa et decepta. Attamen non videmus rationem sufficientem eam excludendi a beneficio legis, et ei non applicandi quæ diximus de actibus minorum. Sed de facto ab eo beneficio sæpiùs excludi poterit ratione doli : nam etsi irritus sit contractus, lex naturalis non sinit ut non reparetur damnum illatum; si ergo uxor reipsa alterum deceperit, et ad contractum per dolum induxerit, quod faciliùs evenire potest quando non habitabat cum marito et vulgò reputabatur innupta, damnum reparare debebit.

Art. 4. *De mortuis civiliter.*

101. Mortui civiliter ii dicuntur, qui, propter certas ad quas in perpetuum damnati sunt pœnas, desinunt inter membra societatis civilis numerari. Mors igitur civilis non est præcisè pœna, nec directè infligitur tanquam pœna, saltem generatim loquendo, sed est status subsequens pœnam. Oritur ex damnatione ad mortem, art. 23 Codicis

civilis; vel ad triremes perpetuas, vel ad deportationem, art. 18 Codicis pœnalis : sed non incurritur nisi ex die quo judicium executioni mandatur, si agatur de judicio contradictorio ; si verò de judicio per contumaciam , non nisi postquam effluxerunt quinque anni a die executionis judicii per effigiem. Vid. art. 26 et seq. Cod. civ.

His præmissis, exponendum habemus quid operetur mors civilis quoad capacitatem contrahendi, de qua in præsenti agimus.

Principium generale, a jurisperitis admissum, est : *Mortuum civiliter privari omnibus et solis juribus civilibus;* quod tamen non est rigorosè sumendum, cùm lex possit spoliare quibusdam juribus etiam naturalibus, sicut spoliat aliquando ipsâ vitâ. Inhærendo autem dispositionibus Codicis nostri, duo respectus distinguendi sunt.

I. Quoad *bona jam acquisita* antequam incurreretur mors civilis, eorum proprietatem amittit mortuus civiliter, et ejus hæreditas transit pleno jure ad ipsius hæredes naturales, eodem modo ac si mortuus fuisset naturaliter et sine testamento; art. 25, 718, 719. Dicitur *Sinè testamento*, quia , ut modò dicemus, corruit testamentum antea confectum. Hinc facilè intelligitur de bonis antea possessis non posse iniri contractus a mortuo civiliter. Imò dissolvuntur varii contractus antea initi : sic dissolvitur societas, art. 1865 ; corruit mandatum ab eo datum, vel acceptum, art. 2003; cessat ususfructus in ejus gratiam constitutus, art. 617 ; res ab ipso deposita reddi debet ejus hæredi, art. 1939. Sed statuitur art. 1982, non exstingui censum vitalitium ipsi debitum, sed solvendum esse usque ad mortem illius naturalem.

102. II. Quoad *bona acquirenda* in posterum, hæc statuuntur. 1° Non potest mortuus civiliter accipere per successionem , testamentum, vel donationem aliud quàm alimenta. Ita expressè art. 25 Codicis civilis. 2° Non potest transmittere bona titulo successionis, vel per testamentum aut donationem; art. 25. Mors civilis disrumpit vincula cognationis : unde bona acquisita post mortem civilem non transeunt ad hæredes naturales, sed pertinent ad Rempublicam, titulo, ut dicitur, *de déshérence;* art. 33. Non potest testamentum condere, et testamentum antea conditum fit irritum. 3° Potest alios contractus, scilicet onerosos, celebrare : ad eos enim non declaratur inhabilis; unde potest titulo oneroso acquirere, possidere, negotiari. Et revera supponit tum art. 25, tum art. 33, eum posse post mortem civilem bona acquirere. Sed non constat an id possit per actus authenticos : satis difficilè concipitur mortuum civiliter posse recurrere ad formas jure civili introductas.

103. III. Nullitates de quibus hìc agitur omnino attingunt *forum conscientiæ*. Nam 1° aliquando lex est determinativa proprietatis. 2° Fundatur motivo ordinis publici, qui non patitur ut actus civiles exerceat qui a societate civili ejectus est. 3° Licèt lex haberetur ut pœnalis, sufficit sententia ex qua oritur mors civilis : in ipso foro externo non requiritur sententia judicis quâ infligatur mors civilis, sed sufficit sententia per quam inflicta est pœna cui annexa est mors civilis.

CAPUT IV.

DE CONDITIONIBUS AD CONTRACTUM REQUISITIS EX PARTE OBJECTI, SEU DE MATERIA CONTRACTUUM.

104. Cùm contractus sit medium acquirendi, quidquid dominii objectum esse potest, sive sit res propriè dicta, sive factum seu jus ad factum, potest generatim esse materia contractuum; art. 1126, 1127. Quædam tamen requiruntur conditiones, de quibus nunc agendum. Expendemus ergo utrùm et quatenus materia contractuum debeat esse 1° possibilis; 2° existens ; 3° determinata ; 4° pretio æstimabilis; 5° in commercio ; 6° ad contrahentes spectans; 7° aliunde indebita.

1° *Utrùm et quatenus materia contractûs debeat esse* POSSIBILIS.

I. *Invalidus est contractus de objecto absolutè impossibili, id est, quod superat vires cujuslibet hominis.*

Prob. Invalidus est contractus ex quo nulla potest oriri obligatio : atqui ex contractu de quo agimus..... 1° Non oritur obligatio rem præstandi, quia ad impossibile nemo obligari potest. 2° Non obligatio ad aliquam compensationem. Nam vel utraque pars cognoscebat impossibilitatem, vel neutra, vel una tantùm. In primo casu, evidens est non adfuisse verum consensum ; censendi sunt voluisse jocari. In secundo, par est utriusque conditio, ac proinde unus non magis quàm alter obligatur. In tertio, defuit ex una parte intentio se obligandi, vel obligationem acceptandi; ac proinde, si hæc ad aliquid teneatur, non tenebitur vi contractûs, sed tantùm propter injuriam alteri illatam, si aliqua fuerit illata.

105. II. Pariter *invalidus est contractus de objecto relativè impossibili, id est, quod superat vires promittentis ; sæpiùs tamen potest hujus occasione exoriri quædam obligatio pro uno contrahentium.*

Prob. 1ª *pars*, eodem ferè modo. Nemo potest obligari ad aliquid sibi impossibile, ut patet.

Prob. 2ª *pars*, et explicatur. Si promittens cognoverit

rem esse sibi impossibilem, et alteri non manifestaverit, tenebitur ad resarciendum damnum quod iste patietur, modò illud præviderit aut prævidere debuerit : est illius causa efficax, culpabilis, et injusta. Et revera nemo non videt hanc obligationem esse omnino necessariam ad securitatem commercii.

106. III. Si objectum sit *partim possibile, partim impossibile*, distinguendum est. Vel est indivisibile, sive in se ex natura sua, sive in mente contrahentium; vel est divisibile. Si prius, contractus non valet, etiam quoad partem possibilem : deest consensus, quia voluerunt partes contractum valere vel quoad totum, vel quoad nullam partem. Si posterius, valet contractus quoad partem possibilem; quia ex axiomate juris, *Utile non debet per inutile vitiari* : in dubio ea interpretatio danda est quæ potiùs stat pro valore actûs; hæc est voluntas præsumpta contrahentium, qui censendi sunt voluisse actum validum efficere in quantum poterant.

107. II° *An et quatenus materia contractûs debeat* EXISTERE.

I. *Materia contractuum debet existere, aut saltem in futurum exstitura sperari vel certò vel probabiliter.*

Prob. Non potest jus acquiri in rem quæ nec existit nec unquam exstitura speratur.

Hinc irritus est contractus de domo, v. g., quæ tempore quo initur fuit combusta ; art. 1601. Id verum esse etiam in materia commercii agnoscunt plerique jurisperiti.

Observandum tamen : 1° si alteruter e contrahentibus cognoscat domum esse combustam, dolosè agit et tenetur compensare damnum quod alter exinde patitur. 2° Si pars tantùm perierit, est in arbitrio emptoris vel rescindere contractum, vel huic stare exigendo pretii imminutionem; art. 1601 ; qui tamen non applicaretur, si pars quæ periit esset parvi momenti in ordine ad totum : favet analogia deducta ex art. 1636, 1638.

108. II. *Res in se nondum existens, sed quæ in futurum certò vel probabiliter exstitura speratur, potest per se loquendo esse materia contractûs.*

Prob. Jus ad rem hujuscemodi est aliquid reale et pretio æstimabile, ut facilè intelligitur; ergo nihil obstat quin possit esse objectum contractûs. Et ita agnoscit art. 1130 Codicis civilis.

Diximus 1° *Per se loquendo*, quia lex civilis potest huic principio exceptiones apponere, ut satis constat ex dictis cap. II. Sic, art. 1130, prohibetur quælibet stipulatio circa *successionem personæ viventis*, etiam cum illius consensu; et art. 791 et 1600 prohibentur contractus quidam speciales. Lata est hæc prohibitio ex motivo ordinis publici, ne scilicet quis induceretur ad desiderandam et fortè procurandam mortem proximi : unde talis conventio haberetur ut contraria honestati publicæ et bonis moribus. Apponitur tamen quædam exceptio quoad contractum matrimonii; art. 1082, 1526. Sic etiam, ex lege in Galliis antiquissimâ, non licet vendere frumenta nondum collecta, gallicè *grains en vert et pendants par racines*. Motivum fuisse videtur ne eo medio a viris cupidis læderentur agrorum cultores, et propter suas necessitates ad miseriam reducerentur.

Diximus 2° *Quæ certò vel probabiliter exstitura speratur*, quia ipsa probabilitas rei, seu illius spes habetur etiam ut aliquid pretio æstimabile, ac proinde potest esse objectum contractûs. Sedulò attendendum est in quonam præcisè versetur contractus : aliquando enim irritus erit, si res sperata non contingat, quando nempe res ipsa, et non mera illius spes, censetur esse contractûs objectum, ut ordinariè fit quando agitur de fructibus, de partu animalium, et de aliis rebus quæ jam censentur existere in causa sua naturali, quæ ordinariè eas producit, nisi impediat casus fortuitus; secùs verò, si ipsa spes sit contractûs objectum, v. g., quando agitur de captura volucrum, piscium, et de aliis rebus quarum proventus est ex natura sua incertus, quia tunc est contractus aleatorius, qui irritus non efficitur, etiamsi res deficiat.

109. III° *An et quatenus materia contractûs debeat esse* DETERMINATA.

Materiam contractûs debere esse aliquatenus determina-

tam, aut saltem determinabilem, satis per se patet : alioquin nullum jus conferret, aut nonnisi illusorium et facili prorsus negotio eludendum. Sed non requiritur determinatio in specie infima ; sufficit ut ex lege, consuetudine, aut aliis adjunctis colligi possit quænam fuerit intentio contrahentium. Hæc hodie statuit Codex civilis, art. 1129.

1° Quoad *qualitatem*, requiritur et sufficit ut res sit determinata quoad speciem. Sic non valeret conventio de tradendo animali, bene verò de equo aut bove : in eo casu, debitor nec tenetur rem optimam in sua specie dare, nec potest dare pessimam; art. 1022 et 1246 : requiritur ut res apta sit ad usum ad quem destinatur. 2° Quoad *quantitatem*, potest esse incerta, modò sit determinabilis, recurrendo nempe ad regulas interpretationis contractuum, et attentis variis circumstantiis.

110. IV° *An et quatenus materia contractûs debeat esse* PRETIO ÆSTIMABILIS.

Nomine rei pretio æstimabilis intelligitur, non solùm ea quæ pecuniâ æstimari potest, sed generatim quæ ad usus humanos utilis est. Facilè intelligitur hanc solam esse posse objectum contractûs. Nam in contractu oneroso deesset æqualitas, si unus daret rem non æstimabilem ; contractus autem gratuitus censeretur merè jocosus. Cæterùm ut contractus sit irritus, oportet inutilitatem esse evidentem : quod rarissimè eveniet, præsertim si agatur de re aliqua tradenda; si enim non possit immediatè prodesse ei cui datur, poterit eam vendere, etc.

111. V° *An et quatenus materia contractûs debeat esse* IN COMMERCIO.

Nomine commercii, prout in præsenti quæstione sumimus, intelligitur jus paciscendi et res per pacta transferendi aut acquirendi. Hinc ex ipsa terminorum expositione patet materiam contractuum debere esse in commercio : et ita expressè declarat art. 1128 Codicis civilis. Tota igitur difficultas est in determinandis rebus quæ sunt extra commercium.

I. *Quænam objecta ex jure naturali aut divino sint extra commercium.* — Ex jure naturali, extra commercium

sunt : 1° ea quæ non possunt esse objectum dominii : v. g., ea quæ occupari nequeunt, quæ nulli usui inservire possunt, quæ dicuntur usûs inexhausti ; de quibus diximus in Tr. *de Justitia* (n° 38).

2° Res seu facta quæ dicuntur turpia, id est, lege prohibita : non enim conferri potest jus in actionem legi contrariam. Sed de his ubi *de Contractu sub conditione turpi* (n° 203 et seq.)

3° Præcipua difficultas hìc versatur circa res *spirituales* seu sacras. Eo nomine hìc designatur res quæ ad finem supernaturalem, nempe honorem Dei vel animæ salutem, proximè est ordinata : dum res *temporalis* ea est quæ ad finem temporalem directè et immediatè ordinatur. Res temporalis est aliquando *annexa rei spirituali* : vel *antecedenter*, si ante existat quàm spirituali conjungatur, v. g. ecclesia, calix, etc.; vel *concomitanter*, si sit intrinsecè et necessariò conjuncta spirituali, v. g., labor necessariò conjunctus administrationi sacramentorum; vel *consequenter*, si præsupponat spiritualem, vel non habeatur nisi propter ipsam, v. g., beneficium ecclesiasticum, in quo jus percipiendi fructus oritur ex ministerio spirituali, juxta axioma : *Beneficium propter officium.*

His præmissis, variæ assertiones statui possunt.

112. I. *Res quæcumque spiritualis potest esse objectum contractûs gratuiti, imò per se loquendo contractûs onerosi, in quo utrinque detur res spiritualis.*

Prob. 1ª *pars*, de contractu *gratuito*. Ex jure naturali, hujusmodi conventiones nihil in se deordinati habent; ex jure divino, Deus permisit, imò mandavit gratuitam rerum spiritualium communicationem. Sic sanè possum absolutionem alicui promittere, quando se eà dignum reddiderit, vel sacras reliquias, etc.

Prob. 2ª *pars*, de contractu *oneroso*. Ille contractus reprobari posset tantùm ob vitium simoniæ : atqui ibi nulla est. Nam essentia simoniæ consistit in eo quòd res spiritualis pro temporali commutetur, sicque vilipendatur : porrò ubi res spiritualis pro spirituali datur, non vilipen-

ditur, nec indignè habetur: nam sicut temporalia veram habent inter se adæquationem, ita et spiritualia.

Dixi *Per se loquendo:* 1° quia cavendum ne si ex una parte res spiritualis annexum habeat temporale, hujus intuitu detur spirituale, v. g., si dentur reliquiæ pro calice argenteo: vel ne spirituale detur loco stipendii quod aliàs pro altera re spirituali deberetur, v. g., si dentur sacerdoti reliquiæ cum pacto ut quasdam missas celebret, pro quibus alioquin datum fuisset stipendium: in his enim et similibus casibus adesset simonia. 2° Quia ex jure ecclesiastico hujusmodi permutationes in materia beneficiali, privatâ auctoritate factæ, non solùm illicitæ, sed et invalidæ declarantur.

113. II. *Res merè spiritualis non potest esse materia contractûs onerosi, in quo temporale pro spirituali commutaretur.*

Prob. 1° Cùm ad essentiam contractûs onerosi pertineat ut aliqua æqualitas existat inter res quæ commutantur, ibi non adest contractus onerosus, ubi res commutatæ nullatenus conferri nec adæquari queunt: atqui ita in præsenti casu. Rem enim spiritualem cum temporali adæquare est impossibile, imò illud tentare impium; per hoc enim vilipenditur et indignè tractatur, juxta hæc verba S. Petri ad Simonem, *Act.* VIII, 20: *Pecunia tua tecum sit in perditionem, quoniam donum Dei existimasti pecuniâ possideri.* Et in hoc consistit malitia simoniæ. Eatenus valere posset contractus, quatenus tradens rem spiritualem jus haberet aliquid tanquam illius pretium exigendi: atqui illud non habet. Nam res spiritualis, ex voluntate illius in cujus est dominio et a quo commissa est tantùm illius administratio, gratis dispensanda est, juxta hæc verba Christi: *Gratis accepistis, gratis date:* ergo si dispensans aliquid recipiat, injustè agit, quemadmodum ille qui munus habens dispensandi eleemosynas aliquid exigeret ab iis quibus tribuit. Ergo, etc.

Hinc contractus hujusmodi irritus est ex ipso jure naturali. Id ostendunt rationes allatæ; et communiter admittitur. Hinc etiam qui pretium pro re spirituali accepit

tenetur illud restituere, utpote detentum sinè titulo. Non tamen ideo ut irriti habendi sunt actus spirituales qui fiunt ob receptum pretium.

114. III. *Res temporalis antecedenter annexa rei spirituali potest esse per se objectum contractûs onerosi, modò propter spirituale annexum non augeatur illius pretium.*

Prob. Res hujuscemodi, calix, v. g., ecclesia, etc., naturali suâ conditione sunt pretio æstimabiles, nec amittunt valorem suum per consecrationem, licèt novum non acquirant. Nec illis applicari possunt verba Christi, quia non gratuitò, sed soluto pretio accipiuntur.

Dixi *Per se*, quia hujusmodi contractus aliquando prohibet Ecclesia ex motivo religionis. Sic prohibetur in jure canonico, aliquid accipi pro chrismate et oleo sacro quod per ecclesias distribuitur. Sic etiam in Elencho indulgentiarum quas impertitur S. Pontifex benedicendo coronas, rosaria, cruces, crucifixos, parvas statuas, numismata, hæc leguntur: « Sanctissimus DD. noster servari jubet » decretum felicis recordationis Alexandri Papæ VII die » 6 februar. 1657, nimirum ut..... eadem commodari aut » precario dari non possint pro indulgentiarum commu» nicatione; alioquin amittent indulgentias jam concessas: » tum etiam præfata post pontificiam benedictionem vendi » non possint, juxta dispositionem decreti S. Congreg. » Indulgentiarum et SS. Reliquiarum sub datum diei 5 » januar. 1721. »

115. IV. *Res temporalis concomitanter annexa rei spirituali, sed intrinsecè et necessariò, non potest esse materia contractûs onerosi, in quo temporale ex altera parte detur.*

Prob. Ita communiter auctores. Ut jam diximus, non potest spirituale pro temporali commutari: atqui tamen commutaretur. Nam res illa temporalis, id est, labor intrinsecè conjunctus rei spirituali, in se nullatenus æstimatur ab hominibus seorsim ab opere sacro; ergo qui pretium daret pro labore, v. g., qui reperitur in administratione sacramenti, meritò censeretur emere sacra-

mentum. Insuper Christus statuendo ut gratis conferrentur res spirituales, profectò voluit ut gratis adhiberetur labor iis intrinsecus; alioquin tulisset legem inutilem et illusoriam.

Dixi *Annexa intrinsecè et necessariò*, quia eædem non militant rationes pro labore extrinseco, et nonnisi per accidens annexo, id est, sinè quo res sacra potest existere, v. g., si minister teneatur facere longius iter, vel exspectare per longum tempus, etc.

116. V. *Res temporalis annexa consequenter rei spirituali non potest esse objectum contractûs onerosi, in quo temporale aliquid ex altera parte detur, saltem ex jure ecclesiastico.*

Prob. Assertio illa præcipuè respicit beneficia ecclesiastica; unde huic parum immorabimur. Quædam observare sufficiet. 1° Tria spectari possunt in beneficio, jus ad officium spirituale, jus ad fructus percipiendos, ipsi denique fructus. Certum est jus ad officium esse spirituale, nec proinde esse posse materiam contractûs de quo agitur. Certum est aliud esse de ipsis fructibus, qui sunt aliquid temporale. Unde remanet quæstio de jure ad fructus percipiendos. 2° Certum est ex jure positivo ecclesiastico jus illud non esse materiam contractûs de quo agitur. Hoc manifestum est, ait Suarez, ex innumeris legibus canonicis. Sed quæstio est, an idem sit dicendum ex jure naturali et divino. 3° Magna circa illud existit controversia. Plerique theologi illud affirmant; communiter contrà negant canonistæ : utrosque conciliare tentat Suarez, per varias distinctiones quas discutere non vacat. Certum est collatorem beneficii, qui est simplex illius administrator, contra justitiam agere si aliquid pro collatione exigat, quia ad id nullum titulum habet; et jus ad omnes fructus habet ille cui confertur officium : ergo injustè ei imponeretur aliud onus.

Nota. In variis assertionibus supponitur rem spiritualem esse præcisè materiam contractûs onerosi, id est, rem temporalem dari aut accipi tanquam illius pretium, seu in illius commutationem : si enim detur omnino gratis, non

erit simonia; item, si detur in sustentationem personæ, tanquam stipendium operario debitum ex justitia.

117. II. *Quænam objecta sint extra commercium ex jure civili.*

1° Quædam expressè declarantur extra commercium ex Codice civili, prout diximus in Tr. *de Justitia*, ubi *de Præscriptione*(n° 164.) Sunt generatim ea quæ ad Rempublicam pertinent titulo supremæ auctoritatis, et quæ fieri nequeunt dominii privati quin mutent naturam.

2° Alia sunt quorum venditionem prohibet lex civilis. Hæc non eo ipso reponuntur extra commercium in sensu Codicis, ut ex art. 1598 deducit Toullier : attamen si lex sit irritans, applicanda erunt principia jam exposita ; si autem sit merè prohibens, validus per se erit contractus, etsi illicitus.

118. VI° *Utrùm et quatenus materia contractûs debeat* AD CONTRAHENTES SPECTARE.

Sensus quæstionis est, an possit alteruter vel uterque contrahens pro altero stipulari, vel pro alio promittere. Apud jurisperitos vox illa *Stipulari* sumitur activè, seu ex parte creditoris, adeò ut qui stipulatur jus acquirat contra promittentem : vox autem *Promittere* sumitur passivè, seu ex parte debitoris, adeò ut qui promittit det contra se jus stipulanti. Quando ergo quæritur an quis pro altero stipulari possit, sensus est an conventio iniri possit de re tertiæ tantùm personæ utili : quando verò quæritur an quis pro altero promittere possit, sensus est an possit promittere rem aut factum alienum. Quæstionem sub duplici respectu expendemus.

119. I. *An quis possit pro alio stipulari ?*

1° Ex *jure naturali*, statui potest hæc

Assertio. *Contractus initus in gratiam tertiæ personæ, validus est conditionatè ; non tamen omnino irrevocabilis ante illius acceptationem.*

Prob. et explicatur. 1° Contractus *validus est.* Nam si non valeret, maximè quia stipulantis non interesset illius executio : atqui illius verè interest, quia, ut dicitur in jure, *Beneficio affici hominem interest hominis.* Dici quidem

potest talem materiam non esse pecuniâ æstimabilem; sed illud non obstat quominus de ea contractus valere possit quemadmodum valet de vita, membris, fama servandis, quamvis hæc auro vel argento æstimari nequeant. 2° Validus est *conditionatè;* id est, posito tantùm quòd ille tertius velit acceptare. Nam illi invito jus nequit acquiri; potest igitur non acceptare, et tunc non valebit contractus: nisi ex adjunctis stipulatio censeri possit alternativa, ac proinde erga ipsum stipulantem obligatoria. 3° Contractus *non est omnino irrevocabilis.* Anteqnam enim tertia persona ullum jus habeat, possunt contrahentes mutuo consensu obligationem dissolvere. Imò cùm unusquisque possit juri suo renuntiare, potest solus stipulans obligationem remittere; et cùm donatio facta tertiæ personæ sit ante illius acceptationem merum propositum, potest eam revocare. Sed ad illam revocationem non sufficeret voluntas promittentis, cùm nemo possit seipsum liberare ab obligatione quam contraxit erga alium. 4° *Acceptatione positâ,* jam intercedit verus contractus inter primos contrahentes et tertiam personam, quæ proinde jus acquirit in illius exsecutionem; quo invita spoliari nequit.

120. — 2° Ex *jure civili,* hæc statui possunt.

I. *Stipulatio cujus objectum directum est utilitas tertiæ personæ, vim non habet generatim coram lege, si fiat nomine stipulantis.*

Prob. Ex art. 1119 et 1165, qui ita expressè statuunt. Ratio est, quia tribunalia non dant actionem pro contractu exsequendo, nisi quando violatio conventionis procurat alicui parti damnum pecuniâ æstimabile; quod hic locum non habet.

Dicitur 1° *Cujus objectum directum.....*, qnia, ut mox dicemus, valida erit stipulatio, si sit tantùm modus seu conditio contractûs: item quando, licèt pro alio facta videatur, contrahentem tamen reipsa respicit, v. g., si stipulans ipsemet teneatur ad præstandam erga tertium rem quam imponit promittenti. 2° *Vim non habet coram lege,* quia lex non intendit irritare, sed tantùm denegat actionem. 3° *Generatim,* quia in quibusdam casibus admittitur:

sic potest aliquis stipulari pro suis hæredibus et causam habentibus ; imò ita stipulari censetur, ex art. 1122, de quo infrà (nº 158). 4° *Si fiat nomine stipulantis*, quia si stipulans agat nomine tertii, seu tanquam illius procurator aut mandatarius, contractus censetur cum isto initus.

121. II. *Stipulatio in gratiam tertiæ personæ, si sit conditio vel modus contractûs, valet et irrevocabilis est quando fuit acceptata ab illa tertia persona.*

Prob. Ita satis expressè art. 1121 Codicis civilis. Explicanda tantùm illa assertio quoad varias partes.

Dicitur 1° *Si sit modus aut conditio contractûs*, v. g., si vendo agrum, et stipulor quòd liceat tertiæ personæ illac transire ; vel dono tale objectum eâ conditione ut donatarius 100 nummos donet alicui personæ. Pariter possum stipulari te mihi daturum talem summam, nisi intra duos menses tale objectum des Petro : tunc adest obligatio alternativa, seu veluti duplex obligatio, quarum una non debet per alteram vitiari. Ita docent communiter jurisperiti. 2° *Quando fuit acceptata*, quia antea revocari potest, et quidem a solo stipulante, absque consensu promittentis. Sed requiritur ut acceptatio fiat ante mortem stipulantis ; alioquin voluntas stipulantis et donatarii non possent conjungi, quod tamen requiritur ut valeat donatio, etiam ex jure naturali.

122. II. *An quis possit pro alio promittere*, seu promittere rem alienam vel factum alienum ? — Tria statuemus, pro triplici quæstionis respectu.

I. *Contractus* DE RE ALTERI DEBITA, *quamvìs illicitus validus est generatim ex jure tum naturali, tum civil quando exsecutioni mandatus est.*

Prob. 1ª *pars*, nempe *validum esse ex jure naturali.* Ut accipiens acquirat rei illius dominium, sufficit ut altera pars velit et possit illud transferre : atqui vult ex hypothesi : et potest validè. Etenim disponit de re adhuc sua, cùm reipsa servet rei suæ dominium, seu jus in re ; creditor enim supponitur non habere nisi jus ad rem. Ergo, etc. Res illustrari potest exemplo matrimonii initi cum impedimento ex sponsalibus orto.

Prob. 2ª *pars*, scilicet *esse validum ex jure civili.* Non solùm Codex civilis agnoscit, art. 544, proprietatem a vero domino validè in alium transferri, sed expressè statuit de nostro casu, art. 1141, qui ideo loquitur tantùm de mobilibus, quia immobilium dominium transfertur vi solius consensûs, absque traditione, juxta art. 1583.

Diximus 1° *Quamvìs illicitus :* nam evidens est illum contractum esse in se illicitum, imò injustum, cùm per illum violetur jus illius cui res debita erat. 2° *Generatim*, quia si per contractum debitor fiat impar suis debitis solvendis, tunc aliquando contractus irritus erit, ut explicabimus ubi loquemur de *Ordine inter plures creditores servando*, quando omnibus satisfieri nequit (n° 240 et seq). 3° *Quando exsecutioni mandatus est ;* nam antea secundus contrahens majus non habet jus quàm primus : igitur nulla est ratio cur debitor illi potiùs satisfaciat quàm alteri ; contrà debet primum anteponere, quia jus illi acquisitum non potuit ad alium transferri.

123. Hinc colligi potest, quid sentiendum de illo *qui rem alteri debitam accepit ?* — Distinguendum est : vel fuit conscius fraudis, vel non.

1° Si fraudem non cognoverit, vel accepit titulo oneroso, vel titulo gratuito. Si prius, ad nihil tenetur; non enim habet rem alienam, nec injustitiam commisit. Si posterius, ad nihil tenetur, propter eamdem rationem, excepto casu quo donans per donationem se reddidit imparem debito solvendo; tunc enim donatarius tenebitur in ejus defectum in quantum factus est ditior, ut explicabimus loco mox indicato.

2° Si fraudem cognoverit, dicendum putamus eum teneri in defectum tradentis resarcire damna quæ patitur primus creditor. Nam efficaciter cooperatus est injustitiæ, cùm sinè illo consummari non potuerit contractus, qui exigit duorum concursum : idem ergo saltem dicendum de illo ac de eo qui recursum præbet furi. Confirmari potest illa decisio ex ultimis verbis art. 1141, qui rem non adjudicat secundo contrahenti, nisi quatenus fuit bonæ fidei.

124. II. *Contractus* DE RE ACTU ALIENA *non transfert illius dominium; potest tamen producere quosdam effectus, qui determinandi sunt ex intentione contrahentium et dispositione legum.*

Prob. et explicatur. 1° *Non transfert dominium,* quia nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habeat. 2° *Potest producere quosdam effectus.* Hi sunt qui concipi possunt ex tali contractu oriri : ex parte illius qui debet rem tradere, quòd teneatur curare ut eam habeat, vel eam ipse emendo, vel alio modo ; et, si fortè eam quocumque modo habeat, teneatur tradere, nec possit a contractu resilire ; quòd si eam habere non possit, debeat alterum indemnem præstare, reponendo in statu in quo esset, si res aliena non fuisset : ex parte acquirentis, quòd teneatur pretium solvere, si quod adsit ; nec possit ad nutum rescindere contractum, sed tantùm exigere vel traditionem rei, vel indemnitatem congruam. 3° Quinam reipsa effectus producantur pendere potest *ex intentione contrahentium*, quæ investigabitur ex circumstantiis. Si uterque ignoret rem esse alienam, plerumque censeri poterunt noluisse se obligare. Si contrà id sciant, et velint seriò agere, ut sæpe evenit in materia commercii, ex contractu oriuntur effectus mox indicati. Si alteruter tantùm ignoraverit, alter sæpe obligabitur ratione doli. 4° Magna etiam ratio habenda est *dispositionis legum*, non solùm ob earum vim in se spectatam, sed quia, ex axiomate, *Ea veniunt in contractibus quæ sunt juris et consuetudinis.* Porrò hodie Codex civilis irritum declarat legatum rei alienæ, sive testator cognoverit, sive ignoraverit rem esse alienam; art. 1021 : qui tamen non obstaret quin pro valido haberetur onus hæredi impositum rem emendi et dandi legatario, modò satis expressa esset hæc testatoris voluntas. Pariter, art. 1599 declarat irritam esse venditionem rei alienæ, et statuit locum esse posse compensationi damnorum, si emptor ignoraverit esse alienam : de quo fusiùs ubi *de Venditione* (n° 376).

125. III. *Contractus quo aliquis promittit* FACTUM ALTERIUS *istum non obligat; potest tamen obligare pro-*

mittentem, ratione habitâ intentionis contrahentium, et dispositionis legum.

Prob. et explicatur. 1° *Non obligatur ille cujus factum promissum fuit.* Nemo enim privatus potest alium obligare absque illius facto. 2° *Obligari potest promittens,* nempe ad curam suam adhibendam ut factum præstetur: quâ curâ diligenter adhibitâ, si nihil obtineat, liber erit, nec tenebitur ad compensationem damnorum, nisi dolus adfuerit: secùs tamen, si promiserit non tantùm se curaturum, sed se effecturum; hæc enim duo sedulò distinguenda sunt. 3° *Ratio habenda est intentionis contrahentium,* quia fieri potest ut qui pro alio promittit non intendat seipsum obligare: quod ex circumstantiis dijudicari poterit. 4° Ipsæ *leges* ad hanc intentionem præcipuè attendunt. Sic ex art. 1120, potest contrahens, ut dicitur, *se porter fort pour quelqu'un:* ut autem censeatur ita pacisci, non sufficit promissio facti alieni, sed requiritur ut promittat se effecturum ut alter ratum habeat, juxta ultima verba articuli. Sic etiam quando promissioni adjicitur clausula pœnalis, obligatio in jure agnoscitur ut conditionalis seu alternativa. Sic demum aliquando ex natura conventionis promittens censetur velle seipsum præcipuè obligare, v.g., si promittat factum ejus qui est sub ejus potestate.

126. *Nota.* Observant quidam jurisperiti, plura ex iis quæ ex art. 1119 et 1120 educuntur non esse applicanda in materia commercii: si quis stipuletur pro alio, præsumitur ita agere quia ipsius interest, quamvis id non exprimat, ne negotia sua divulgentur; si pro alio promittat, censetur promittere se effecturum ut ille ratum habeat, etc.: cùm ex una parte in commercio quilibet proprium lucrum intendat, et ex altera postulet securitas commercii ne conventiones remaneant inanes, faciliùs præsumuntur ita initæ ut effectum suum obtineant.

127. VII° *An et quatenus materia contractûs debeat esse* ALIUNDE INDEBITA.

Variæ statuendæ sunt assertiones, pro diversitate jurium quæ recipienti competere possunt.

I. *Si recipiens habeat tantùm dominium rei semiple-*

num, validus esse potest contractus. Potest enim vi illius acquiri dominium plenum, aut magis completum quàm antea habebatur.

128. II. *Si res sit actu propria recipientis*, non potest esse materia contractûs absolutè cum ipso initi, bene verò conditionati. — *Prob.* Nemo potest acquirere quod jam habet : unde in eo casu potest pretium solutum repeti, seu competit, ut aiunt, *Condictio indebiti;* et alter potest teneri etiam de dolo. Sed dominus potest pro re sua stipulari sub conditione, si ipsius esse desinat, aut in tempus quo ipsius non erit.

129. III. Si res nondum sit propria recipientis, sed ipsi *debeatur ex justitia stricta*, contractus est per se nullus, ita ut pretium datum obnoxium sit restitutioni. — *Prob.* Est sententia communis, ait Billuart. Qui enim rem jam debet strictè, ad nihil novum ex parte sua se obligat, ac proinde nullum habet titulum accipiendi pretium.

Dicitur *Per se*, quia si contrahens non det tanquam pretium, sed omnino liberaliter ad alliciendum alterum ad ea quæ aliunde debet, iste potest retinere; quia unusquisque lege non impeditus potest recipere quod sibi gratuitò datur. Verùm non est facilè præsumenda hujusmodi donatio, nisi ex circumstantiis deducatur.

130. IV. Si res *non debeatur ex justitia stricta*, sed ex alia virtute, v. g., charitatis, gratitudinis, religionis, etc., communiùs tenent theologi contractum de re hujusmodi pretio æstimabili esse validum, quamvis sæpe illicitum. Ita Billuart. Promittens confert alteri jus strictum quod non habebat; et pro eo aliquid accipiendo, justitiam non violat: violat tamen ordinariè aliam virtutem ex qua obligatur, et cui non vult satisfacere nisi mediante pretio; imò potest obligari ad restitutionem, non ex justitia, sed ex illa alia virtute, quando nempe acceptio pretii facit ut non ponatur opus debitum quoad substantiam; v. g., si quis promisit voto dare calicem gratis, et accipit quoddam pretium, tunc non donat juxta votum, et ex eo tenebitur restituere, juxta de Lugo.

Dicitur 1º *Contractum esse sæpe illicitum*, non verò

semper : quia, si ille de quo agitur sit dispositus ad præstandum opus debitum etiamsi non interveniret pretium, non peccat illud accipiendo, dum adest aliquis qui potest et vult dare; quia opus supponitur pretio æstimabile, et quamvis teneatur facere, non tamen semper tenetur facere gratis, nisi dum deest qui possit et velit pretium dare, ut constat multis exemplis. 2º *De re vel actione pretio æstimabili*, quia alioquin nullum haberet titulum : unde docent satis communiter theologi, teneri ad restitutionem eum qui aliquid accepit pro re quæ absque ullo labore, sumptu et periculo fieri potest, ut indicare viam, et alia hujusmodi. Ita Lessius, et alii.

CAPUT V.

DE TEMPORE QUO CONCURRERE DEBENT VARIÆ CONTRACTUS CONDITIONES.

131. Ex dictis patet, quatuor ad contractum requiri, nempe consensum, habilitatem partium, materiam legitimam, et observationem formæ a lege præscriptæ; si vel unum desit, deficiet contractus : necesse est igitur ut hæc quatuor aliquando concurrant, seu moraliter inter se uniantur. Cùm verò sæpe accidat ut contractus non unico et eodem tempore perficiatur, et aliunde possit interim mutatio accidere circa varias has conditiones, exponere debemus quodnam tempus respiciendum sit, ut cognoscatur num ex qualibet parte omnia contractui necessaria reperiantur. De consensu nihil speciale occurrit, præter id quod diximus, expendendo an et quatenus debeat esse mutuus et actualis : de tribus aliis conditionibus seorsim dicemus totidem articulis; in quarto expendemus quæ sub eo respectu specialia esse possunt actibus conditionatis.

Art. 1. *De tempore respiciendo quoad habilitatem partium.*

132. Agemus seorsim de actibus inter vivos; de testamentis, seu dispositionibus in causa mortis.

§ 1. *De tempore quo partes debent esse habiles pro actibus inter vivos.*

133. Quid sentiendum sit, variis assertionibus statuemus.

I. *Si ambo contrahentes* SIMUL *consentiant, necesse est ad validitatem contractûs, ut habiles sint eo tempore quo præstant consensum.*

Prob. Consensus non est efficax, nisi quatenus procedit a personis habilibus; ergo si detur ab inhàbilibus, est inefficax, et vi legis irritus : porrò consensus semel datus perseverat quidem, sed eodem modo quo datus est; ergo nisi renovetur, non efficiet contractum.

Hinc 1° si utraque pars fuerit inhabilis, licèt inhabilitas postea cesset, validus non erit per se contractus, nisi renovetur consensus. Licèt removeatur impedimentum, non ideo sanatur vitium quod jam præcessit, sed partes fiunt solummodo capaces in posterum. Dicitur *Per se*, quia si inhabilitas fuerit juris positivi, potest concedi dispensatio quæ vocatur *in radice*, cujus vis extenditur, non solùm in futurum, sed etiam in effectus jam subsecutos quos de medio tollit, et sic efficit ut consensus ab initio datus efficacitatem suam obtineat absque novo contrahentium concursu, ut exposuimus in Tr. *de Matrimonio* (n° 282 et seq).

Hinc 2° si una pars tantùm fuerit inhabilis, idem dicendum est quoad illam; id est, debebit consensum renovare, post cessationem inhabilitatis. Sed non putamus requiri illam renovationem ex altera parte, quando inhabilitas non potest censeri utramque partem directè afficere, prout aliquando evenire in matrimonio diximus (n° 279) : consensus enim datus a parte habili ex se validus est, et talis perseverat nisi fuerit revocatus; ergo modò alter accedat, efficietur contractus.

134. Hinc 3° concludi potest, quid dicendum quando una aut utraque pars non est purè et simpliciter inhabilis ad contrahendum, sed tantummodo indiget auctoritate, concursu, vel consensu alterius, ut minores, uxor, ii quibus datum est concilium judiciarium: ut contractus

validus sit, requiriturne ille concursus eo tempore quo datur consensus, vel sufficitne ut postea accedat; et eo accedente, contractus efficiturne validus, absque præstatione novi consensûs? — Distinguendum est: vel ille concursus requiritur ad integrandam personam, ut loquuntur jurisperiti, id est, ad tollendam aut supplendam ejus incapacitatem; vel tantummodo in utilitatem illius qui talem concursum præstat, seu ob reverentiam ipsi debitam. In priori casu, requiritur ille concursus tempore quo datur consensus, nec sufficeret ut postea interveniret. Contrahens est verè incapax, et illius consensus inefficax; nec valere potest, nisi renovetur a tempore quo factus est capax. Is est casus minoris. In posteriori casu, non requiritur concursus tempore actûs, sufficit si detur postea. Sic pro uxore sufficit approbatio mariti superveniens: quod tamen sub alio respectu difficultatem patitur ex antea dictis (n° 99).

135. II. *Si duo contrahentes* SUCCESSIVÈ *consentiant, requiritur ut saltem ille qui prior consentit sit eo tempore habilis, et ut uterque habilis sit tempore acceptationis, non verò tempore intermedio.*

Prob. per partes. 1° *Tempore quo prior contrahentium dat consensum,* requiritur ut sit habilis: illud satis patet, quia alioquin daret consensum invalidum, qui invalidus perseveraret, etiamsi tolleretur postea inhabilitas. Sed non videtur requiri ut altera pars sit tunc habilis: dummodo perseveret voluntas prioris, tempore acceptationis duo consensus unientur, et validus efficietur contractus.

2° *Tempore acceptationis*, uterque debet esse habilis. Tunc enim verè perficitur contractus, ac proinde concurrere debent voluntates: porrò non possent efficaciter concurrere, si uterque non esset habilis. Sed semel peractâ acceptatione, parvi refert an alteruter vel uterque fiat postea inhabilis. Adest tantùm dubium in donatione, in qua requiritur, non tantùm acceptatio, sed notificatio acceptationis. Vid. dicenda (n° 310).

3° *Tempore intermedio* non requiritur habilitas. Cùm

enim contractus exsurgat ex consensu dato et acceptato, dummodo quando utrumque illud fit partes sint habiles, parvi refert an interim inhabiles fuerint: inhabilitas illa transitoria ad summum suspendit vim consensûs antea dati, qui eâ cessante convalescit; nec impedit quin acceptatio fieri possit, ut patet.

§ 2. *De tempore quo partes debent esse habiles pro dispositionibus in causa mortis.*

136. I° *Quoad* TESTATOREM, hæc statui possunt:

I. *Necessariò requiritur ut testator sit habilis eo tempore quo conficit testamentum.* — *Prob.* Ita communiter jurisperiti. Ratio est, quia si sit eo tempore inhabilis, illius consensus est inefficax, et talis perseverat: causa enim quæ post testamentum confectum tollere potest inhabilitatem, non agit nisi in futurum; ergo valere non potest testamentum nisi de novo conficiatur: non potest vim habere tempore mortis, nisi quatenus a persona habili confectum est.

II. *Ut valeat testamentum, requiritur ut testator tempore suæ mortis servet capacitatem juris; sed non requiritur ut servet capacitatem facti.* — *Prob.* et explicatur. Testator dicitur amittere capacitatem juris, quando amittit jus in sua bona, v. g., quia mortuus est civiliter; capacitatem verò facti, quando privatur tantùm exercitio sui juris, v. g., quia propter dementiam, etc., est interdictus. Jam verò, in priori casu, irritum evadit testamentum. Cùm enim testamentum nonnisi per testatoris mortem confirmetur, qui eo momento jus amisit in sua bona, non potest illud transmittere, ut patet. In posteriori autem casu, testamentum validum remanet. Testator enim non amittit jus in sua bona; sed solùm fit incapax efficiendi hic et nunc actum validum: porrò illud non impedit quin validum permaneat testamentum antea confectum, cùm nullum actum jam requirat ex parte testatoris, sed sufficiat ut ante mortem illius non fuerit revocatum. Id etiam satis clarè deduci potest ex art. 503 Cod. civ., qui supponit per dementiam supervenientem non irritari actus antea initos.

Hinc intelligi potest discrimen inter donationem et testamentum. Testamentum, licèt revocabile, est in se perfectum, nec novum voluntatis actum ex parte testatoris requirit; ideoque non perimitur per incapacitatem facti supervenientem: donatio autem non est perfecta nisi per acceptationem; ideo requiritur ut eo tempore donator habeat etiam capacitatem facti.

III. *Non requiritur ut testator fuerit habilis tempore intermedio.—Prob.* Redeunt quæ diximus pro simili casu in paragrapho præcedenti; est axioma a jurisperitis receptum : *Media tempora non nocent.*

137. II° *Quoad* HÆREDEM *seu* LEGATARIUM. Non loquendo nunc de actibus conditionatis, de quibus mox seorsim, statui potest hæc

ASSERTIO. *Requiritur et sufficit ut hæres seu legatarius sit habilis tempore quo moritur testator.*

Prob. Requiritur et sufficit ut hæres sit capax eo tempore quo jus acquirit; nihil aliud lex intendit : atqui jus suum acquirit tempore quo moritur testator. Hinc patet discrimen inter testatorem et legatarium : testator, conficiendo testamentum, jus aliquod exercet; porrò jus exercere nequit, qui illud non habet : contrà legatarius nihil acquirit vivente testatore, sed solùm quando moritur; jam verò ad acquirendum jus sufficit habilitas tempore acquisitionis. Et verò juris Romani dispositio quæ exigebat capacitatem hæredis tempore quo conficitur testamentum, nunquam fuit apud nos recepta. Nemo contrà unquam dubitavit quin hæc capacitas requiratur tempore quo moritur testator. Sed requiri tempore quo acceptatur hæreditas communiùs negant jurisperiti, saltem ex jure Gallico; quia apud nos, ex axiomate : *Le mort saisit le vif*, hæreditas etiam ante acceptationem pleno jure transit in dominium hæredis. Illud statuit aut supponit Cod. civ., art. 724, 777, 781, 1005, 1006, 1014.

138. *Nota.* Quando agitur de incapacitatibus relativis, quando nempe aliquis prohibetur dare alteri, incapacitas afficit utrumque : ac proinde irritus erit actus, si alteruter eâ affectus fuerit tempore quo debebat esse habilis.

Art. 2. *De tempore respiciendo quoad materiæ capacitatem.*

139. Quemadmodum non valet contractus, nisi præstetur consensus a personis habilibus, ita pariter nisi cadat super materiam aptam contractui. Si enim materia non sit apta vel in se, vel quoad utrumque aut alterutrum e contrahentibus, vel in ordine ad talem contractum, jam attingi nequit per consensum, cujus proinde tollitur efficacitas. Possunt ergo hic accommodari quæ diximus in articulo præcedenti: requiritur et sufficit ut materia sit apta tempore quo consensus præstatur ab utroque contrahente, sive simul, sive successivè; nec obest quòd inepta fuerit tempore intermedio.

Occurrit tamen specialis difficultas in donationibus, quoad portionem disponibilem, quæ potest esse major vel minor, pro legibus diverso tempore latis. Si donatio statim exsecutioni mandetur, fit irrevocabilis; nec ulla mutatio induci potest per mutationem supervenientem, quæ non debet habere effectum retroactivum. Sed non ita facilis solutio, quando donatio non debet exsecutioni mandari nisi post mortem donatoris. Distinguendum est inter donationes irrevocabiles, et revocabiles.

140. I° *De dispositionibus* IRREVOCABILIBUS. — Duplex fieri potest hypothesis.

1° Si dispositio non superet portionem quæ erat disponibilis quando facta est, sed superet eam quæ est disponibilis tempore quo moritur donator, quia nempe interim lex majorem statuit reservationem, seu, quod idem est, minorem reliquit portionem disponibilem (qui casus frequenter locum habuit post promulgatum art. 913 et seq. Cod. civ.), generatim admittitur a jurisperitis et tribunalibus, standum esse legi quæ vigebat tempore quo facta est donatio. Dispositio enim omnino valida fuit, et verum jus contulit donatario, quamvis nonnisi postea exercendum: ea dispositio supponitur irrevocabilis, adeò ut non potuisset ipse donator illi derogare; ergo non debet suo effectu frustrari per legem supervenientem, quæ non debet habere effectum retroactivum, seu tollere jus acquisitum,

2° Si contrà dispositio sit supra portionem disponibilem qualis determinatur tempore quo facta est, non verò qualis determinatur tempore quo moritur donator, quidam applicant idem principium, et dicunt standum esse legi vigenti tempore donationis; alioquin lex illa simul vim haberet quoad portionem disponibilem, et non haberet quoad portionem indisponibilem, quod contradictorium videtur. Sed juxta alios, hæredes quibus competit reservatio legalis, nihil possunt exigere ultra id quod ipsis tribuitur per legem quæ viget tempore quo per mortem donatoris locus est successioni: cætera ergo tribui debent donatario. Jus hæredum non oritur nisi per donatoris mortem; ergo lex quæ minuit reservationem, augendo portionem disponibilem, non tollit jus acquisitum hæredibus, sed solummodo relinquit donatori plenius exercitium sui dominii, ac proinde vim habere potest et debet.

141. II° *De dispositionibus* REVOCABILIBUS. — Vulgò docent jurisperiti attendi debere tantùm ad tempus quo moritur testator. Etenim

nonnisi tempore mortis dominium ab uno ad alterum transfertur; antea, cùm semper dispositio sit revocabilis, nullum jus censeri potest acquisitum; ergo ut determinetur an objectum sit disponibile, necne, ad hoc præcisè tempus attendendum est; facilè enim intelligitur ad illud referri motivum legis. Hinc patet discrimen inter habilitatem testatoris, et disponibilitatem boni: prior respicit confectionem testamenti; ergo tunc existere debet: posterior respicit dispositionem; ergo sufficit ut existat eo momento quo hæc consummatur.

142. *Nota.* Si testamentum conditum fuerit tempore minoritatis, et testator moriatur post majoritatem, locus erit applicandi art. 904 Cod. civ., juxta quem minor non potest disponere nisi de dimidia parte eorum de quibus disponit major: lex illa non est realis, sed personalis, seu respicit habilitatem testatoris, ut patet ex ejus motivo; ergo applicandum est quod diximus (nº 136, I).

ART. 3. *De tempore respiciendo quoad observationem formarum a lege præscriptarum.*

143. Principium generale est, ad validitatem contractûs, seu generatim dispositionis qualiscumque, requiri et sufficere ut adhibeantur formæ præscriptæ eo tempore quo actus conficitur.

Hinc 1° si actus fuerit ex defectu formæ invalidus, non convalescit, etsi postea lex desinat exigere illam formam: nova enim lex non attingit nisi actus postea ineundos.

Hinc 2° si contrà actus fuerit validus, non corruit eo quòd nova præscribatur forma. Æquum enim non esset ut inutilis evaderet conventio eorum qui omnino legi satisfecerunt; nec satis provideretur actuum stabilitati, quæ ad bonum publicum valde confert.

144. Diximus *Tempore quo actus conficitur:* sed superest determinandum quid per illud tempus intelligendum sit; sive quoad testamenta, sive quoad actus initos quidem, sed invalidos ex alio defectu quàm ex defectu formarum.

Iº *De testamentis.* — Docent vulgò jurisperiti requiri et sufficere ut serventur formæ præscriptæ tempore quo testamentum conficitur. Etenim distinguendum est inter actum testamenti seu instrumentum, et dispositionem in

eo contentam : ista quidem est in suspenso, quamdiu vivit testator ; prius verò est res jam absoluta, ac proinde legibus subsequentibus non attingitur : modò tamen, ut semper supponitur, constet de tempore quo initum est. Igitur 1° Si testamentum fuerit validum, postea ex eo quòd novæ præscribantur formæ, non corruet. 2° E contrario testamentum formis requisitis destitutum non convalescet, licèt nova lex feratur, ex qua jam necessariæ non sint illæ formæ : cùm testamentum sit jam aliquid perfectum, nulla est ratio, inquit Merlin, cur nova lex illud confirmet, potiùs quàm evertat.

145. II° *De actibus invalidè initis.* — Statuendum putamus, formas semel servatas in actu qui fuit ob aliam causam invalidus, non esse iterum servandas ut actus validus fiat, modò tamen invaliditas non sit publica, aut talis naturæ ut publica fieri possit.

Prob. Legislator censeri nequit illud exigere, quod est inutile ad scopum suum obtinendum ; sæpe esset valde noxium; quandoque est extra illius potestatem. Atqui ita ageret legislator, si exigeret ut in casu posito denuò adhiberentur formæ. 1° Illud est inutile ad scopum suum obtinendum. Nam ideo præscribuntur formæ, ut constet contractum initum fuisse, et quidem cum omnibus conditionibus requisitis : porrò illud sufficienter constablt coram lege, modò exteriùs omnia ritè peracta fuerint, licèt adfuerit inhabilitas occulta; nec magis constaret si iterum adhiberentur formæ, cùm præcavere nequeant quod est occultum. 2° Sæpe illud esset noxium. Nam in variis contractibus, præsertim in matrimonio, sæpe renovari non possent illæ formæ, quin diffamarentur contrahentes, quia suspicandi locus daretur nullitatem prioris contractûs ortam esse, ut sæpe contingit, ex aliquo crimine. 3° Quandoque est quodammodo extra potestatem legislatoris. Aliquando enim, ut vidimus, ab uno legislatore præscribuntur formæ, ab altero ordinatur partium habilitas : porrò in illo casu prior censetur purè et simpliciter statuere ea quæ pertinent ad illius forum, independenter ab iis quæ ad alterum pertinent. Ergo contractus seu actus ex-

teriùs valet, licèt aliquid desit ex parte contrahentium.

Dixi *Modò invaliditas non sit publica....*, quia si invaliditas esset publica, aut talis naturæ ut publica fieri posset, jam lex formas præscribens non attingeret scopum suum, cùm de contractu non constaret, ut patet : omnia igitur renovanda essent.

Hæc omnia confirmari possunt ex iis quæ statuuntur quoad redintegrationem matrimonii, juxta decisiones S. Pœnitentiariæ, et S. Congregationis Concilii Tridentini interpretis. Vid. *De Matrimonio* (n° 280).

Art. 4. *De tempore in actibus conditionatis respiciendo quoad habilitatem partium et materiæ capacitatem.*

146. Seorsim agendum est de actibus inter vivos, et de dispositionibus in causa mortis.

I°. *De actibus* INTER VIVOS *conditionatis.* Quæstio est, an partes debeant esse habiles, et materia disponibilis, tempore quo datur consensus, simulque tempore quo impletur conditio ; an verò alterutrum sufficiat, et quodnam? — Vel agitur de conditione generalim spectata ; vel de conditione quæ referatur ad ipsam contrahentium habilitatem, aut materiæ capacitatem.

1° *De conditione generatim spectata.* Docent jurisperiti attendendum esse ad tempus quo consensus datur et acceptatur, non verò ad tempus quo impletur conditio : id est, contractum ritè initum sub conditione vim suam servare, etiamsi ante conditionis eventum lex nova superveniens inhabilitatem contrahentium, aut materiæ indisponibilitatem statuat. Ratio est, quia cùm ex art. 1179 conditio impleta habeat effectum retroactivum, contractus vim suam habet a tempore quo initus est, adeò ut, si interim moriatur creditor, jus transeat ad illius hæredes, ut postea videbimus (n° 190) ; adest ergo ex tunc jus acquisitum, quod nonnisi per defectum conditionis tollitur, seu potiùs deficit. Ob eamdem rationem, si contrahentes sint inhabiles, vel materia indisponibilis quando initur conventio, hæc invalida permanebit, etiamsi ante adventum conditionis tollatur inhabilitas, aut indisponibilitas. Vide tamen quæ diximus circa donationem portionis disponibilis (n° 140).

147. — 2° *De conditione quæ refertur ad ipsam contrahentium inhabilitatem aut materiæ incapacitatem.* Supponi potest personas inhabiles contrahere, sed sub conditione tollendæ inhabilitatis, sive per dispensationem, sive alio modo, vel referendo contractum ad tempus quo habiles erunt ; vel contrà, personas nunc habiles contra-

here, sed pro tempore quo inhabiles futuræ sunt: quod autem dicitur de inhabilitate personarum, intelligendum est etiam de incapacitate materiæ. Quæstio est igitur, an valeat consensus datus ab inhabilibus, sed pro tempore quo erunt habiles; et vice versa datus ab habilibus, pro tempore quo erunt inhabiles? — Hæc statui possunt :

I. *Si inhabilitas sit juris naturalis, non valet contractus etiam sub conditione, vel pro tempore quo illa cessaverit.* — *Prob.* Cùm inhabilitas fundetur in rerum natura, ab actu sejungi nequit, quæcumque abstractio fiat, quæcumque adhibeatur conditio; quia turpitudo propter quam actus est irritus, semper reperitur. Sic, v. g., vir inire non potest cum secunda uxore matrimonium, sub conditione quòd prior uxor moriatur. Hinc in hujusmodi inhabilitatibus non adest locus dispensationi *in radice.*

148. II. *Si inhabilitas orta ex jure humano fundetur in præsumptione generali alicujus defectûs naturalis, non valet contractus, etiam initus sub conditione quòd illa cessaverit.* — *Prob.* Sensus assertionis exemplis faciliùs intelligetur. Sic contractus initus ante ætatem legitimam irritus erit, etiamsi ineatur pro tempore quo contrahens ætatem attigerit. Idem dicendum de contractu inito a minore in gratiam tutoris, etc. Ratio est, quia ideo persona declaratur inhabilis, quia præsumitur non datura consensum satis plenè liberum: porrò idem reperietur incommodum, etiamsi contrahatur pro tempore quo inhabilitas cessaverit.

149. III. *Extra casum mox assignatum, quando inhabilitas est juris humani, valet contractus initus sub conditione et pro tempore quo illa cessaverit.*

Prob. Illud admittitur a multis doctoribus quoad matrimonium; et videtur communiter receptum apud jurisperitos, apud quos valet axioma : *Paria sunt aliquid disponi in tempore habili, vel in tempore inhabili si effectus conferatur in tempus habile.* Et revera cùm actus irritatur ex lege merè positiva, possumus ab illa abstrahere, actumque considerare et velle prout est in se validus et licitus; et tunc lex non violatur, cùm nihil fiat contra legislatoris

mentem : porrò illud locum habet, quando apponitur conditio, cujus effectus est suspendere consensum donec impleatur; ergo actus tunc validus esse debet, quia eo tempore concurrunt quæcumque requiruntur ad validitatem.

150. IV. *Invalidus est contractus initus a personis habilibus, sed pro tempore quo erunt inhabiles.*

Prob. Ex iisdem principiis, contractus perfici censendus est eo tempore ad quod refertur contrahentium consensus : si ergo tunc sunt inhabiles, vim habere nequit eorum consensus. Sic, juxta jurisperitos, si quis donationem bonorum suorum faciat pro tempore quo fisco addicta erunt, irrita erit donatio.

151. II° *De dispositionibus conditionatis* IN CAUSA MORTIS. Si quæstio spectetur quoad testatorem, nulla occurrit peculiaris difficultas : cùm enim supponi non possit nisi conditio post mortem ejus implenda, de ejus habilitate jam agi nequit. Tota ergo difficultas est quoad legatarium; et de duobus temporibus movetur controversia.

1° Quoad *tempus quo moritur testator*, communiùs dicunt auctores nostri, non requiri ut tunc legatarius sit habilis, quia nullum jus habet donec impleta fuerit conditio. Sed meritò contradicunt non pauci : cùm enim testamentum morte testatoris confirmetur, eo tempore jus verè acquiritur. Et verò ex art. 906 requiritur ut legatarius sit eo tempore conceptus : ergo debet etiam esse babilis ; etenim coram lege, non esse, vel non esse habilis, pro uno eodemque reputantur. Quando autem art. 906 dicit sufficere ut legatarius sit conceptus tempore quo moritur testator, sensus est non requiri ut sit conceptus quando conficitur testamentum; sed non ideo excluditur necessitas habilitatis seu capacitatis, ut observat MERLIN.

152. — 2° Quoad *tempus quo impletur conditio.* Quicumque non exigunt ut legatarius sit habilis quando moritur testator, exigunt necessariò ut sit habilis quando impletur conditio, quia tunc, juxta illos, jus suum acquirit. Et revera, inquiunt, ex art. 1040 corruit dispositio, si legatarius moriatur ante eventum conditionis; ergo pariter, si fiat incapax. Si verò exigatur habilitas tempore mortis, dicendum videretur hanc sufficere; quia, impletâ conditione, legatum censetur fuisse absolutum, ac proinde et perfectum quando mortuus est testator. Attamen exigitur habilitas utroque tempore; quia ante eventum conditionis legatarius non habet nisi spem; cùmque ea spes ex art. 1040 non debeat transmitti ad ipsius hæredes, effectum non consequetur nisi sit habilis quando implebitur conditio. Sed si inhabilitas in qua versatur legatarius quando impletur conditio non oriretur nisi a lege lata post mortem testatoris, nobis videretur spem quam habebat censeri debere jus acquisitum, licèt non absolutum, quo privari non posset nisi tribuendo legi effectum retroactivum quem habere non potest.

SECTIO II.

DE CONTRACTUUM EFFECTIBUS.

153. Contractuum effectus immediatus est, ut ab initio diximus, translatio juris et speciatim dominii. Quando contractus plenam exsecutionem habuit, confecta res est. Sed antea exsurgit vinculum morale, seu *obligatio* ad aliquid dandum, faciendum aut omittendum ; quæ, cùm unum adstringit, supponit jus in altero : si isti competat facultas jus suum prosequendi in judicio, hæc vocatur *Actio*, quæ est effectus mediatus contractuum. De isto agunt jurisperiti : de priori plura expendenda habemus.

Ex variis contractibus oriuntur variæ obligationes et varia jura, de quibus in secunda parte agemus : sunt tamen quædam omnibus communia, quæ simul exponere operæ pretium est. Accedendo ad ordinem Codicis civilis, agemus 1° de obligatione contractuum generatim spectatâ ; 2° de variis obligationum speciebus, seu modificationibus ; 3° de præcipuis modis quibus exstinguuntur obligationes. Agitur demùm in Codice, art. 1315-69, de modis quibus probantur obligationes et earum solutiones. Cùm verò hæc ad forum externum referantur, ea jurisperitis relinquimus.

CAPUT PRIMUM.

DE OBLIGATIONE CONTRACTUUM GENERATIM SPECTATA.

154. In præsenti duplicem distinguere possumus obligationem : alteram *directam*, quæ adstringit ad id agendum aut omittendum de quo conventum est; alteram *indirectam*, quæ adstringit ad compensanda damna per inexsecutionem contractûs illata : de utraque seorsim dicemus.

ART. 1. *De obligatione quæ directè nascitur ex contractu, seu de contractuum exsecutione.*

155. Obligatio est vinculum juris, quo quis adstringitur ad aliquid dandum, vel faciendum, vel omittendum.

Est *perfecta*, vel *imperfecta :* prior autem est *naturalis, civilis*, aut *mixta*, ut expositum fuit in Tr. *de Justitia* (nº 5). Hic addere sufficiat legem civilem aliquando tribuere quosdam effectus obligationi naturali. Sic qui tali obligationi voluntariè satisfecit, non potest solutum repetere; art. 1235. Sic docent jurisperiti obligationem naturalem esse causam sufficientem contractûs qui producat obligationem civilem, etc.

Agimus speciatim de obligatione orta ex contractu. Cùm tamen obligatio oriri possit etiam ex sola lege, vel ex facto hominis, sive culpabili, ut in casu delicti aut quasi-delicti, sive inculpabili, ut in casu quasi-contractûs, exponere debemus principia generalia a Codice civili statuta aut admissa; quorum nonnulla referuntur ad quaslibet obligationes, quædam ad obligationem dandi, quædam ad obligationem faciendi. Huc etiam reduci possent quæ statuuntur de contractuum interpretatione; sed sufficiat indicare art. 1156-1164 Cod. civ., qui sunt per se satis clari, quamvis eorum applicatio magnam postulet circumspectionem, et attentam omnium circumstantiarum investigationem. Unde tres erunt paragraphi.

§ 1. *Statuuntur quædam principia generalia.*

156. Tria sunt præcipua. — PRINCIPIUM I. *Contractus legaliter initi instar legis habentur quoad contrahentes.* Ita art. 1134.

Hinc 1º contractus producunt obligationem civilem: exceptis tamen casibus in quibus lex irritat solum instrumentum, vel denegat actionem, ut in casu ludi, 1965, etc. 2º Creditor potest exigere exsecutionem obligationis, vel, ut dicitur, *par voie d'exécution parée,* quoad actus authenticos pro quibus opus non est judicio, art. 547 Cod. judic.; vel per viam simplicis actionis, quoad alios actus, in quibus requiritur sententia judicis. 3º Contractus revocari nequeunt nisi ex mutuo consensu, vel ex causis a lege admissis; art. 1134. Aliquando tamen sufficit voluntas unius, v. g., in societate, art. 1865, 1869, 1870; in mandato, art. 2003, 2007.

157. Principium II. *Contractus bonâ fide implendi sunt ;* art. 1134.— Per hunc articulum rejiciuntur contractus qui in jure Romano dicebantur *stricti juris*, in quibus nihil postulari poterat nisi expressum fuisset in contractu. Hodie, ex art. 1135, contractus obligant non solùm ad ea quæ in iis exprimuntur, sed ad omnia eorum consectaria, quæ exiguntur sive ab æquitate, sive ab usu, sive a lege.

158. Principium III. *Contractus vim non habent, nisi inter partes contrahentes*, *vel eos qui ipsarum locum tenent.* Ita art. 1165.

Hinc 1° contractus non possunt nocere iis personis quæ non intervenerunt in contractu. Excipitur casus de quo in art. 516 Codicis commercii ; in quo cæterùm concurrit auctoritas judicis, nec proinde verè derogatur principio.

Hinc 2° contractus non prosunt etiam aliis ac contrahentibus. Adsunt tamen quædam exceptiones. 1. Quando quis pro alio stipulatus est ad sensum articuli 1121, de quo diximus (n° 121). 2. In casu substitutionis permissæ (n° 353). 3. In casu novationis, aut condonationis, quoad debitores in solidum vel fidejussores, juxta art. 1281, 1285, 1287, de quibus postea (nis 265, 267). 4. Quoad creditores qui possunt exercere jura sui debitoris, juxta art. 1166 : modò tamen hæc non sint merè personalia, seu annexa personæ.

Diximus *Et eos qui partium locum tenent*, quia, ut jam monuimus (n° 120), ex art. 1122 censentur generatim contrahentes stipulari (item et promittere) pro suis hæredibus et causam habentibus. Scilicet 1° si agatur *de hæredibus,* seu successoribus titulo universali, statuebat jus Romanum omnem stipulationem ad hæredes et contra hæredes transmitti : quoad obligationes ex testamento, distinguebatur inter facta in quibus nihil interest a quonam eliciantur, et ea quæ ab uno potiùs quàm ab altero præstari refert; obligatio quoad priora transibat ad hæredes, non verò quoad posteriora. Porrò Codex civilis nihil statuit de testamento ; unde concludit Toullier, standum esse juri Romano. Quoad contractum autem, quamvis art. 1122 non loquatur nisi de hæredibus creditoris, do-

cent jurisperiti applicari etiam hæredibus debitoris. Duplex apponenda est exceptio huic regulæ generali, juxta eumdem art. 1122 : 1. quando aliter convenere contrahentes ; 2. quando id sequitur ex ipsa natura conventionis : quosdam hujusmodi casus prævidit ipse legislator ; citari possunt art. 1514, 1795, 1865, 2003, 617, 625 Cod. civ. 2° Si agatur *de successoribus titulo particulari*, hi designantur art. 1122 per hoc verbum, *Ayants cause* : potest ergo *creditor* his transferre sua jura, modò vel ex conventione vel ex natura sua non restringantur ad suam personam ; censetur autem transferre, non solùm quando id expressè asserit, sed quando hæc jura sunt rei transmissæ annexa. Si autem agatur de successoribus *debitoris*, generatim obligationes non transeunt ad successores particulares, nisi adsit aliqua ratio peculiaris, id est, nisi vel illud onus ipsis expressè impositum fuerit, vel sit rei transmissæ annexum, etc.

§ 2. *De obligatione dandi.*

159. Illa obligatio considerari potest vel quoad debitorem, vel quoad creditorem.

I° *Quoad* DEBITOREM. Ad duo tenetur. 1° *Ad rem tradendam;* art. 1136. Quomodo autem facienda sit illa traditio colligi potest ex art. 1136 et seq., et exponemus ubi *de Venditione* (n° 400 et seq.). 2° Tenetur interim *rem servare*, illiusque conservationi invigilare quemadmodum bonus paterfamilias; art. 1137. Sensum hujus articuli investigabimus art. seq., ubi de *Præstatione culparum*, (n° 168 et seq.).

160. II° *Quoad* CREDITOREM, dominium rei acquirit vi solius contractûs, antequam traditio facta fuerit. Ita art. 1138. In jure Romano, receptum erat axioma : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.* Unde contractus, qui dicebatur titulus acquirendi, non dabat nisi jus ad rem, seu jus personale : sola traditio, quæ propriè habebatur ut modus acquirendi, conferebat jus in re. Idem vigebat sub jure Gallico veteri. Principium illud impugnaverant multi pu-

blicistæ, quibus videbatur ex jure naturali sufficere voluntatem contrahentium ad transferendum dominium, etiam sine traditione. Ab eo recessit Codex civilis, principium contrarium statuendo, generatim art. 711, 1138; speciatim quoad donationem, art. 938; quoad venditionem, art. 1583. Explicandum habemus quousque id extendatur.

161. — 1° Hæc verba art. 1138, *Dès l'instant où la chose a dû être livrée*, intelligenda sunt in isto sensu : *Ab instanti quo orta est obligatio rem tradendi;* alioquin nec cum art. 1185, 2245, 1302, nec cum priore sui parte concordaret ille articulus.

2° Quando dicitur obligationem perfectam esse ex solo consensu partium, illud intelligitur de consensu iis dotibus prædito, et sub iis formis expresso quas lex exigit.

3° Agnoscunt jurisperiti non applicari principium juris novi quando agitur de rebus indeterminatis : tunc enim facilè intelligitur non statim transferri dominium, quod non potest esse nisi rei determinatæ.

4° Art. 2102-4°., ex quo venditori rerum mobilium, qui solutioni terminum non concessit, tribuitur rerum illarum vindicatio apud emptorem qui non solvit; articulus, inquam, ille supponit dominium non fuisse translatum ad emptorem, sed penès venditorem mansisse : non igitur concordat cum principio articuli 1583. Dici potest cum Troplong, hanc esse meram exceptionem principio generali : quod mirum videri non debet, quando agitur de privilegio venditori concedendo.

162. — 5° Duo præsertim consectaria ex hoc principio educuntur, quæ accuratè explicare interest.

Consectarium I. *De re duobus successivè per contractum obligatâ*. Si quis de una et eadem re cum duobus successivè contractum inierit, ex principio juris Romani sequebatur anteponendum esse posteriorem creditorem, si ipsi res tradita fuisset. Aliud dicendum ex jure novo facilè intelligitur : qui enim dominium alicui jam contulit, non potest ad alterum postea transferre.

Attamen quando agitur de *rebus mobilibus*, ex art. 1141

anteponitur posterior contrahens, si res ipsi tradita fuerit, modò fuerit bonæ fidei. Ea dispositio fundatur in altero principio in favorem commercii instituto, juxta quod *In mobilibus possessio æquivalet titulo*, quodque applicatur etiamsi constet dominium non fuisse penès eum a quo possessor rem accepit (Vid. *De Justitia*, n° 157 et seq.); ergo non probat dominium non fuisse translatum ad priorem contrahentem : imò potiùs translatum supponit, alioquin posset transferri ad posteriorem, etsi non esset bonæ fidei.

163. Consectarium II. *De interitu rei per contractum obligatæ.* Quamvis olim dominium non esset translatum ante traditionem, constabat tamen rem perire creditori, modò non periret culpâ debitoris : quia debitor rei certæ ejus interitu liberatur. Facilè intelligitur idem a fortiori apud nos hodie admittendum esse : cùm enim dominium sit translatum, jam applicatur aliud axioma, *Res perit domino.* Hinc ita statuitur art. 1138, et 1302 : qui applicantur etiam quoad res mobiles. Quædam tamen observanda occurrunt.

1. Excipitur casus quo debitor est in mora : tunc enim ei applicantur principia quæ spectant ad possessorem malæ fidei, exposita in Tr. *de Justitia.* Quandonam autem debitor censeatur in mora, explicabimus art. seq.

2. Quando dicitur rem perire creditori, illud intelligendum est in eo sensu quòd non solùm debitor excusetur ab ulla compensatione tradenda in locum rei, sed etiam creditor rei teneatur pretium solvere, nec possit repetere, si solverit. Ita pro certo habebatur etiam sub jure veteri; a fortiori, hodie illud admittendum (n° 273).

3. Art. 1303 supponere videtur necessarium esse ut jura et actiones annexa rei amissæ transmittantur ad creditorem, nec proinde penès illum fuisse rei dominium. Sed observant jurisperiti satis accurata non esse articuli verba, nec inde everti posse principium tam apertè sancitum.

§ 3. *De obligatione faciendi.*

164. Quando contractus est de re facienda vel non facienda, evidens est debitorem strictè obligari ad præstan-

dum promissum. Attamen ex libertatis reverentia non judicârunt legislatores eum cogendum esse per occupationem bonorum, vel per pœnas corporales, ad id præstandum, et in eo sensu receptum est axioma : *Nemo ad factum præcisè cogi potest;* sed statutum fuit obligationem, si executioni non mandetur, resolvi in compensationem damnorum: ita art. 1142. Sed existimandum non est ideo liberum esse debitori inter hæc duo eligere, seu illius obligationem esse alternativam, aut facultativam : hæc non fuit intentio contrahentium, nec talis est sensus legis, quæ nititur tantùm motivo mox indicato.

Hinc 1° si debitor casu fortuito impediatur a re præstanda, non tenebitur ad compensationem damnorum; dum contrà teneretur, si obligatio esset alternativa, juxta art. 1193.

Hinc 2° creditor potest cogere debitorem ad rei præstationem, quando id fieri potest illæsâ illius libertate. Sic 1. si obligatio esset de non faciendo, creditor potest postulare ut destruatur quod nihilominus factum est, et quidem impensis debitoris, salvo semper jure compensationis damnorum, quæ debetur ipso facto violatæ obligationis : ita art. 1143, 1145. Sic 2. si res ab altero quàm debitore præstari possit, jus habet creditor obtinendi ut reipsa præstetur, impensis debitoris; art. 1144.

ART. 2. *De obligatione quæ indirectè nascitur ex contractu, seu de compensatione damnorum ob contractum non impletum.*

165. Certum est ex inexsecutione contractuum obligari debitorem ad compensanda damna quæ patitur creditor, seu *ad id quod interest creditoris obligationem impletam esse*, ut dicitur in jure. Ita expressè statuitur art. 1136, 1142, 1145, etc. Codicis civilis. Hæc compensatio gallicè designatur generatim per hæc verba, *Dommages-intérêts ;* si verò obligatio sit de aliqua pecuniæ summa solvenda, compensatio dicitur simpliciter *Intérêts*. Porrò tria expendenda habemus : 1° utrùm et qualis culpa requiratur ut debeatur damnorum compensatio; 2° a quonam tempore

debeatur, seu utrùm et quomodo debitor constituendus sit in mora; 3° in quo consistere debeat illa compensatio.

§ 1. *De culpa requisita ut debeatur compensatio damnorum ob contractum non impletum.*

166. Jam expendimus in Tr. *de Justitia* (n°323 et seq.) quænam culpa requiratur, ut, secluso quolibet pacto, adsit obligatio reparandi damnum illatum : nunc investigandum est an eadem principia admittenda sint in casu pactorum seu contractuum, simulque ob materiæ connexionem, agemus de quasi-contractibus.

Porrò, ut *ibid.* exposuimus, damnum potest inferri triplici modo : vel ex casu fortuito, vel ex culpa theologica, vel ex culpa juridica.

I° Certum est regulariter compensandum non esse damnum quod oritur *ex casu fortuito*. Ita jus Romanum ; et jus nostrum, art. 1148 : tunc damnum nequit imputari.

Dicitur *Regulariter*, quia dantur nonnulli casus in quibus compensari debet damnum etiam ex mero casu fortuito ortum. — 1° Si debitor in se susceperit casus fortuitos. Ita supponit art. 1302, et per se satis intelligitur. Talis conventio nihil iniqui habet, modò debitor pretium proportionatum recipiat, vel liberaliter donare intendat. Non constat apud auctores an comprehendat etiam casus insolitos: partem negativam statuit art. 1773 in locatione agrorum. — 2° Quando præcessit aliqua culpa sinè qua locum non habuisset casus fortuitus seu damnum ex eo exortum. Ita art. 1807, 1881, qui statuunt tantùm de nonnullis casibus specialibus; sed eadem ratio militat pro omnibus. — 3° Quando debitor erat in mora. Ita supponit art. 1302, et expressè pro casu peculiari statuit art. 1881. Ratio est, quia tunc est possessor malæ fidei. Excipitur tamen casus quo res eodem modo peritura fuisset apud dominum, ex art. 1042 et 1302 : de quo in Tr. *de Justitia* (n° 381). — 4° Quando in commodato res fuit æstimata : nisi contraria conventio inita fuerit, commodatarius tenetur de casu fortuito; art. 1883.

167. II° Certum est etiam sufficere *culpam theologicam*,

qualem exposuimus in Tr. *de Justitia*, ut adsit obligatio compensandi damna. Unde quando adfuit dolus, id est, intentio lædendi, vel mala fides, id est, quando damnum illatum est omnino scienter et voluntariè, licèt non ex formali intentione lædendi, apud jurisperitos constat compensanda esse damna. Imò docent irritum fore pactum de dolo non præstando, utpote bonis moribus contrarium.

168. III° Superest igitur quæstio, an sufficiat *culpa juridica*, ut adsit obligatio compensandi damna : seu, aliis verbis, an et quatenus damna compensare teneatur ille qui omisit diligentiam quam generatim possunt et debent homines adhibere, quam consequenter leges præsumunt potuisse et debuisse ab ipso adhiberi, et qui ideo *coram lege* reus habetur, licèt propter circumstantias speciales sit immunis a peccato coram Deo? Exponemus primùm juris civilis dispositiones; deinde expendemus quid servandum in foro conscientiæ.

I. *Quid statuant* LEGES CIVILES *de præstatione culpæ juridicæ in contractibus et quasi-contractibus.*

1° *Ex jure Romano.* Triplex distinguebatur culpa : lata, levis, et levissima. Culpa *lata* dicebatur omissio diligentiæ quam adhibere solent viri etiam dissoluti et negligentes; *levis*, omissio diligentiæ quam adhibent viri prudentiæ communis; *levissima*, omissio diligentiæ quam afferunt viri vigilantissimi. Ita communiter jurisperiti; sed non ita omnino theologi : hi culpam latam vocant omissionem diligentiæ quam communiter adhibent patresfamilias, levem verò et levissimam definiunt in ordine ad prudentiores et prudentissimos : unde intelligitur jurisperitis culpam levem esse quam theologi latam dicunt, et levissimam quam theologi vocant levem. Cæterùm advertunt plures auctores, et meritò, non rarò contingere ut culpa quæ absolutè et materialiter videtur levis, formaliter et respectivè considerata sit gravis seu lata, quia nempe major requiritur diligentia secundùm majorem rei tractandæ gravitatem. Pariter diligentia quæcumque non consistit in indivisibili, sed habet plures gradus : unde potest quis dici maximam

diligentiam adhibuisse, licèt non attigerit supremum apicem omnis possibilis diligentiæ.

His præmissis, triplicis generis distinguuntur contractus. Alii cedunt in utilitatem creditoris tantùm, v. g., depositum; in his debitor tenetur tantùm de culpa lata. Alii cedunt in utilitatem utriusque, ut venditio, locatio, et plerique contractus onerosi; in his præstanda est culpa levis. Alii demum cedunt tantùm in utilitatem debitoris, v. g., commodatum; et in his debitor tenetur de culpa levissima.

Talis fuit, juxta Pothier, doctrina unanimiter admissa ab omnibus juris Romani interpretibus. Eam impugnaverunt, ex una parte Lebrun, advocatus Parisiensis, an. 1764, duplicem tantùm culpam distinguens, asserens nempe duplicis tantùm diligentiæ mentionem fieri in jure Romano, illius scilicet quam diligens paterfamilias adhibere solet, et illius quam contrahens in rebus suis adhibere consuevit : ex altera parte, Thomasius, contendens divisionem illam culparum non satis certis circumscribi limitibus, et regulas allatas ab auctoribus tot subjici exceptionibus, ut vix subsistere et applicari possint. Attamen non ideo immutata fuerat usque ad novissima tempora auctorum doctrina.

169.— 2° *Ex jure Gallico.* Olim regulæ suprà indicatæ communi jurisperitorum nostrorum calculo erant receptæ. Jus autem novum sic generaliter statuit, art. 1137 : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que » la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des » parties, soit qu'elle ait pour objet l'utilité commune, » soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les » soins d'un bon père de famille. — Cette obligation est » plus ou moins étendue relativement à certains contrats, » dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres » qui les concernent. »

Si perlegantur hujus articuli discussiones, supponunt varii oratores servatam non fuisse sub jure novo doctrinam olim admissam. Attamen multùm abest quin eâ de re concordent nostri jurisperiti. Juxta quosdam, nulla aut

ferè nulla de facto inducta est mutatio. Cùm enim prior pars articuli 1137, exigendo curam boni patrisfamilias, eo ipso obliget ad præstandam culpam levem (quam theologi latam dicunt), pars posterior, quâ enuntiatur majorem vel minorem incumbere obligationem in quibusdam contractibus, satis indicare videtur aliquando præstandam esse culpam levissimam, aliquando nonnisi latam. Juxta alios, magna et veluti substantialis inducta est mutatio : in omnibus contractibus, inquiunt nonnulli, præstanda est culpa etiam levissima, quod ostendunt urgendo verba art. 1137, 1382 et 1383, 1147 et 1148; contrà, aiunt alii, Codex civilis sustulit culpam levissimam quæ nunquam præstanda est, item distinctionem inter contractus qui vergunt in utilitatem utriusque contrahentis, et eos qui in utilitatem solius debitoris; tandem non desunt qui dicant legislatorem voluisse cuncta remittere prudentiæ judicis, ideoque ex rationis lumine determinandam esse regulam quæ in lege positiva non occurrit.

170. Inter hæc, statui potest hæc generalis ASSERTIO : *In contractu quilibet generatim tenetur reparare damnum quod intulit per omissionem diligentiæ quam adhibere solent viri prudentes et probi.*

Prob. et explicatur. Ita iisdem ferè verbis art. 1137, cujus scopus fuit abstrahere a subtilitatibus juris et scholæ, et præbere regulam quâ in variis circumstantiis determinetur ex communi hominum æstimatione, et ex omnium adjunctorum inspectione, utrùm damnum verè sit imputabile, necne. Porrò ut scopus ille attingeretur, visum est nihil esse opportunius quàm attendere ad communem hominum agendi rationem, quæ unicuique facilè perspecta esse potest : sic utriusque contrahentium commodis modo æquitati consentaneo consulitur, dum sufficienter providetur unius securitati, nec alteri imponitur onus gravissimum et intolerabile; creditor enim novit se jus habere ut debitor adhibeat diligentiam viri prudentis et probi; debitor autem, se non teneri ad exactissimam diligentiam quæ nonnisi paucorum est.

Dicitur *Generatim*, ob secundam partem articuli; quæ ut

explicetur, videndum quid speciatim de singulis contractibus, aut etiam quasi-contractibus statutum fuerit. Porrò sub eo respectu ad triplicem classem reduci possunt contractus, aut quasi-contractus. — I^a^ *Classis* complectitur contractus in quibus Codex civilis exigit *curam boni patrisfamilias:* quibus proinde purè et simpliciter applicatur prior pars articuli 1137. Quinque sunt hujusmodi contractus aut quasi-contractus: *locatio*, art. 1728, 1806; depositum judiciarium, gallicè *séquestre*, art. ~~19[illegible]~~ 1963; *commodatum*, art. 1880; *tutela*, art. 450; *negotiorum gestio*, cum quadam tamen restrictione, art. 1374.— II^a^ *Classis* complectitur contractus in quibus debet recipiens adhibere eamdem curam quam adhibet in rebus propriis. Duo afferri possunt: *depositum* ordinarium, art. 1927, quod tamen in quibusdam casibus referendum est ad primam classem, art. 1928; *hæreditas beneficiaria*, art. 804. Sed non constat apud auctores quid dicendum, si depositarius, aut hæres, sint in rebus propriis diligentes aut diligentissimi. — III^a^ *Classis* complectitur contractus de quibus Codex civilis nihil peculiare statuit, sed remittit tantùm ad principium generale. Quatuor indicari possunt: contractus *societatis*, art. 1850; *mandati*, art. 1992; *pignoris*, art. 2080; quasi-contractus illius *qui rem ex indebito accepit*, art. 1379. Cùm his applicetur principium generale articuli 1137, exigenda est cura boni patrisfamilias. Articulus tamen 1992 qui est de mandato, et quem multi applicant etiam societati, statuit ut minùs rigorosè habeatur qui gratuitò, quàm qui ob salarium mandatum recipit: quod ita intelligendum videtur, ut qui gratuitò agit teneatur tantùm ad rem gerendam ut gerit res proprias, qui verò salarium recipit obligetur ad diligentiam boni patrisfamilias. — Cæterùm agnoscunt auctores præstationem culparum posse extendi aut restringi per conventionem contrahentium, sive expressam, sive tacitam.

171. Ex his omnibus sequitur 1° servatam omnino dici non posse doctrinam juris Romani, qualis vulgò exponebatur ab interpretibus: neque enim divisio culparum, neque distinctio contractuum formaliter retenta fuit; si excipiatur art. 804 qui loquitur de culpa gravi quoad

hæredem beneficiarium, in omnibus aliis locis lex vel loquitur tantùm modo generali, adeò ut relinquat arbitrio judicis determinandam ex variis circumstantiis imputabilitatem; vel culpam æstimandam decernit per comparationem cum diligentia boni patrisfamilias, aut cum diligentia in rebus propriis consueta. Non negandum de facto in multis eamdem dari debere decisionem ae in jure Romano, quia nempe decisiones juris Romani plerumque principiis æquitatis nitebantur: sed non præcisè ex eadem regula proficiscimur; legislator noster nimiam præcisionem, nimiamque subtilitatem, in praxi sæpe periculosam, refugiens, stetit principio magis generali; unde fit ut multò facilius sit decisiones extendere aut restringere, prout postulare videtur æquitas in casibus peculiaribus. Cæterùm exinde etiam colligi potest quomodo non tantùm differant in rei veritate, ac primo intuitu videri posset, auctores qui mutatam dicunt doctrinam antiquam, ab iis qui eam retentam propugnant.

172. Sequitur 2° nihil ostendere quòd semper, aut etiam generatim, præstanda sit culpa levissima. Nam, ut jam diximus in Tr. *de Justitia* (n° 325), quando Codex civilis loquitur de bono patrefamilias, hæc verba non indicant homines vigilantissimos, sed eos qui habent diligentiam ordinariam: nec censetur esse in culpa, aut potuisse damnum impedire, ille qui id omne fecit aut cavit quod fecisset aut cavisset vir prudens in simili circumstantia, licèt non egerit ut vigilantissimus. Ex hoc principio explicari possunt art. 1137, 1147, 1382 et 1383, quos in contrarium adducit Toullier. — Dicitur *Non semper, aut etiam generatim,* quia non absolutè pronuntiamus cum Troplong, nunquam præstari debere culpam levissimam. Omisso enim casu conventionis specialis, quem ipse ex art. 1928 admittit, sunt quidam alii in quibus forsan idem dicendum; sed constat has esse tantùm exceptiones, non verò regulam generalem. Hanc admittunt quidam in materiis commercii, in quibus longè major requiritur vigilantia et diligentia; sed alii rejiciunt: quæ omnia fortè conciliari poterunt, si dicatur in commercio præstari omissionem diligentiæ quam adhibet negotiator qui in sua conditione vocari meretur diligens paterfamilias.

173. Sequitur 3° ad hæc compendiosè reduci posse totam juris nostri œconomiam circa præstationem culparum. Regula generalis est quemlibet teneri ad diligentiam boni patrisfamilias, et ultrà non teneri: ut ab hac regula discedamus, requiritur ut adsit specialis dispositio legis. Porrò ita minuitur illa obligatio, ut sufficiat debitorem afferre eamdem diligentiam ac in rebus propriis, in casu depositi, art. 1927; successionis beneficiariæ, art. 804; aliquando in casu negotiorum gestionis, art. 1374; forsan in contractu societatis, art. 1850; mandati gratuiti, art. 1992; et in casu solutionis indebitæ, si existimetur art.

1379 attingi etiam possessorem bonæ fidei. Aggravatur autem obligatio, tum in casu conventionis specialis, tum fortè in locatione quoad incendium, art. 1733, in commodato pro casu peculiari de quo art. 1882, in mandatario quando salarium recipit, art. 1992; quibus usufructuarium æquiparat PROUDHON. Unde, ut magis accedamus ad consuetum loquendi modum, dici potest, ordinariè præstandam esse culpam levem; aliquando culpam latam tantùm, per eam intelligendo omissionem diligentiæ in rebus propriis adhibitæ; et fortè in quibusdam casibus rarissimis culpam levissimam. Ex quo intelligitur, ut observat idem PROUDHON, hanc materiam, olim implicatissimam, fuisse in jure novo ad multò simpliciorem statum redactam.

174. II. *Quatenus præstanda sit* IN FORO CONSCIENTIÆ *culpa juridica in contractibus et quasi-contractibus.*

Ut quæstionem illam ex integro et juxta scopum nostrum solvamus, agemus seorsim de contractibus; de quasi-contractibus in sensu theologorum, seu de muneribus et officiis; et de quasi-contractibus in sensu jurisperitorum, seu propriè dictis.

1° *De præstatione culpæ juridicæ in* CONTRACTIBUS. Satis certum videtur culpam juridicam præstandam esse ad sensum dispositionis legum, saltem post sententiam judicis. Si enim ita sit etiam extra contractum (*De Justitia*, n° 325), a fortiori in contractibus, cùm censeantur contrahentes ad id se obligare ex communi doctorum sententia.

Tota ergo quæstio est, an præstanda sit etiam ante sententiam? Iª opinio, quæ est communior inter theologos, affirmat. — *Prob.* Si contrahentes expressè vel implicitè se obligent ad præstandam culpam juridicam in sensu legum, tenebuntur ante sententiam judicis; etenim stare debent conventioni, quin opus sit ullâ sententiâ : illudque agnoscunt adversarii de aliis conditionibus quæ contractibus insunt ex dispositione legum, v. g. de obligatione venditoris ad assecurandum emptorem de evictione, etc. Atqui reipsa ad id se obligant, saltem implicitè. Etenim

1° juxta axioma, *Ea veniunt in contractibus quæ sunt juris et consuetudinis :* ergo nisi contrarium exprimant, censentur contrahere ad sensum legum. 2° Melior interpretatio haberi nequit quàm commune judicium doctorum : porrò ipsi adversarii non negant longè communiorem esse hanc opinionem, ut apud VOGLER, n° 155, videri potest. 3° Id bono publico maximè congruit. Valde enim expedit ut certus adsit gradus diligentiæ in quolibet contractu requisitus, adeò ut contrahentes absque ulteriori disquisitione agnoscant quid exspectare, quid exigere possint, et ex illa cognitione determinent varias contractûs conditiones : ergo satis meritò præsumitur hanc fuisse legislatoris mentem, ut ei obligationi contrahentes se subjicerent, nec tenerentur ad judicem recurrere. 4° Hæc obligatio nihil durius habet : cùm enim eam agnoverint contrahentes, ita conventionem inierunt ut per alia onera satis compensaretur. Ergo agnoscendum est eam adimplendam esse ante sententiam judicis.

IIª opinio, quæ non ignobiles habet patronos, docet non adesse in conscientia obligationem præstandi culpam juridicam ante sententiam judicis. — *Prob.* 1°. Leges non sunt satis apertæ, ut imponatur obligatio, quæ attento solo jure naturali non incumberet. 2° Hæc obligatio esset nimis dura, cùm culpa merè juridica in rei veritate et coram Deo haberi debeat ut casus fortuitus ; locus daretur nimiis anxietatibus et scrupulis. 3° Non videtur major obligatio imponenda in contractibus, quàm in muneribus et officiis ; in istis enim intervenit consensus tacitus, seu conventio tacita, ac proinde eædem afferri possent rationes quas afferunt auctores primæ opinionis quoad contractus strictè dictos : atqui in muneribus et officiis præstanda non est ante sententiam judicis culpa merè juridica, ut infrà (n° 176) dicetur ; nec aliud propugnari posset sinè gravissimis incommodis, ut *ibidem* evolvetur : ergo neque præstanda est in contractibus.

Quamvìs secunda hæc opinio suâ probabilitate non careat, non putamus tamen a sententia communiori recedendum esse : attentis enim juris nostri hodierni dispo-

sitionibus, corruunt plures e difficultatibus quæ olim huic sententiæ opponebantur. Scilicet si percurrantur auctores secundæ opinionis, manifestum erit plurima ex argumentis quæ afferunt respicere præstationem culpæ levis aut levissimæ, seu eos proficisci ex hoc principio, quòd quilibet se obliget tantummodo ad adhibendam diligentiam quam solent homines communiter in tali materia adhibere. Jam verò hodie, ex dictis, non præstatur nisi culpa quam levem dicunt jurisperiti, et latam theologi, seu omissio diligentiæ communis, aut in rebus propriis consuetæ; evanescit proinde magna ex parte difficultas: et revera hæc omissio, si sit in materia gravi, est theologicè mortalis, nisi ignorantia vel indeliberatio mentis excuset, ut ait ipse Vogler, n° 144; in casu verò ignorantiæ vel indeliberationis, non ideo excusandus est debitor a compensatione damnorum, quia securitas commercii humani postulat ut creditoris jura non pendeant a talium circumstantiarum personalium consideratione.

175. 2° *De præstatione culpæ juridicæ in quasi-contractibus quales vulgò accipiunt theologi, seu* in muneribus et officiis.— Hic loqui intendimus de variis officiis et muneribus in quibus adest conventio tacita inter eos qui hæc exercent, et eos qui ad illos recurrunt; quæ proinde in mente jurisperitorum inter contractus, potiùs quàm inter quasi-contractus, sunt recensendi, ut jam observavimus: hic igitur agendum habemus de iis qui ad officium aut opus aliquod assumuntur, v. g., de advocatis, medicis, artificibus seu opificibus, famulis, etc. Porrò de his duplex oritur quæstio quam solvemus in duplici assertione. Sit itaque

Assert. 1. *Quilibet tenetur in suo officio adhibere curam et diligentiam quam adhibent viri prudentes et diligentes, nec ad ampliùs per se tenetur.* — Est ad mentem auctorum communiter, quamvis in verbis aliquando differre videantur.

Prob. 1ª *pars.* 1° *Ex communi consensu*, tum jurisperitorum, qui plùs minùsve expressè docent unumquemque teneri de culpa levi in exercitio sui muneris; tum theolo-

gorum et canonistarum, qui ideo docent neminem posse officium aliquod suscipere nisi iis præditus sit dotibus quibus possit illud accuratè et diligenter implere. 2° *Ex ratione*. Qui officium aliquod suscipit meritò censetur ad talem diligentiam se obligare : nam nemo recurreret ad personas quæ in suo officio pro peritis et diligentibus non haberentur. Deinde quicumque officium exercet, eo ipso profitetur se esse capacem illius diligenter implendi ; ergo si reipsa non sit, decipit, et per fraudem suam causa est damnorum quæ ex illius imperitia sequuntur. Illudque verum est, quocumque titulo officium exerceat.

Prob. 2ª pars. 1° *Ex communi consensu* doctorum, juxta quos, ut quis possit munus aliquod, etiam maximi momenti, suscipere, sufficit eum habere prudentiam communem et ordinariam huic muneri proportionatam. 2° *Ex ratione*. Nemo se obligat ad adhibendam diligentiam majorem eâ quam adhibent viri prudentes et periti : nisi illud admitteretur, quis sapiens vellet munus aliquod exercere ? sanè removerentur viri maximè timorati et probi ; quod esset bono publico valde noxium. — Dictum est *Per se*, quia potest aliquis vel explicitè, vel implicitè se obligare ad majorem diligentiam ; quæ conventio certè strictam obligationem inducit.

Hinc 1° si velimus hic retinere vulgarem culparum divisionem, dicendum erit in officiis præstandam esse culpam latam tantummodo, si vox illa sumatur in sensu theologorum ; latam et levem, si in sensu jurisperitorum, non verò levissimam : hæc autem intelliguntur respectivè ad naturam officii et muneris. — 2° Qui absque dotibus requisitis munus aliquod suscipit, eo ipso sibi imputabile reddit damnum quod ex ejus incapacitate sequetur, donec eam sustulerit : debet ergo vel officio renuntiare, vel se illi implendo parem reddere, et interim ea tantùm gerere quorum est capax.

176. Assert. 2. *Nemo tenetur in officiis culpam juridicam præstare ante sententiam judicis, nisi sit simul theologicè culpabilis.*

Prob. Ita non solùm theologi qui idem admittunt in

contractibus, sed etiam illi qui sentiunt in contractibus non exspectandam esse sententiam judicis. Si existeret obligatio culpam merè juridicam præstandi, vel oriretur ex jure naturali, vel ex lege positiva, vel ex contractu implicito et tacito. Atqui 1° non ex jure naturali. Nam, ut in Tr. *de Justitia* (n° 324) ostensum est, et agnoscunt communiter theologi, ex jure naturali culpa merè juridica non inducit obligationem restituendi. 2° Non ex lege positiva. Vel nullæ sunt leges quæ id clarè decernant; vel, si sint, non videntur receptæ in praxi quoad forum conscientiæ : id mihi suadet, ait BILLUART, communis hominum sensus; nullus est enim aut vix ullus qui existimet medicum, advocatum, et similes teneri in conscientia et coram Deo ad restitutionem, si in conscientia et coram Deo non peccaverint. 3° Non ex contractu implicito. Quamvis, ut notavimus, verè interveniat contractus tacitus, non tamen ratiocinandum quemadmodum de contractibus formalibus: sive quia leges de contractibus expressè latæ sunt, non de officiis; sive quia talis non est communis hominum apprehensio ut censeantur, officium acceptando, adeò strictè se obligare ac quando contractum expressum ineunt; sive demum quia longè gravius et importabilius futurum esset onus præstandi ante sententiam culpam juridicam in officiis, quàm in contractibus; obligationes enim quæ nascuntur ex contractu minùs latè extenduntur, et per leges magis determinatis limitibus circumscribuntur. Ergo, etc. Et verò ea obligatio non est admittenda quæ viros sapientes et timoratos ab officiis averteret, sicque esset bono publico evidenter contraria : atqui talis esset ea obligatio.

177. 3° *De præstatione culpæ juridicæ* IN QUASI-CONTRACTIBUS PROPRIE DICTIS, *seu in sensu jurisperitorum acceptis*.—Theologi idem communiter statuunt ac de officiis, seu potiùs illa duo ab invicem plerumque non distinguunt : dici potest legem imponendo officia sese accommodare obligationi quam homines sibi imponere solent in paribus circumstantiis; sic legitimè præsumitur, donec dispositiones ab ea positæ clariùs innotescant aut aliter a probis accipiantur. Illud libenter admittimus quoad obli-

gationes quæ oriuntur ex sola legis auctoritate, ad sensum articuli 1370 : sed quoad quasi-contractus strictè dictos, qui nempe oriuntur ex facto voluntario illius qui obligatur, magis consentaneum putamus principiis juris, et menti jurisperitorum eos æquiparare contractibus.

§ 2. *De mora requisita ut debeatur compensatio damnorum ob contractum non impletum.*

178. Si obligatio sit de non faciendo, nulla præcisè requiritur mora ; art. 1145 : item, si obligatio nonnisi quodam tempore impleri utiliter possit ; art. 1146 : extra hos casus, principium generale est debitorem non teneri ad compensationem damnorum, nisi sit in mora satisfaciendi suæ obligationi ; *ibid.* Nunc igitur explicandum habemus quandonam debitor censeatur in mora ex jure civili, et quatenus idem dicendum sit in foro conscientiæ.

I. *Quandonam debitor sit in mora* EX JURE CIVILI. In jure Romano, *dies* (quando erat determinata) *interpellabat pro homine*, et dicebatur *mora ex re :* in jure *Gallico veteri*, semper requirebatur interpellatio, non obstante quâlibet conventione. Jus civile novum mediam veluti viam tenuit : triplici viâ potest debitor constitui in mora. 1° Per solum factum elapsi termini, quando *ita expressè conventum fuit ;* art. 1139, qui omnibus obligationibus applicandus est. 2° Item, quando ita statuit *expressa legis dispositio :* citari possunt art. 1881, quoad commodatum ; art. 1846, quoad societatem. 3° Extra hos casus, debitor constituitur in mora *per interpellationem juridicam*, id est, factam coram judice ; vel per ministerium apparitoris (*d'un huissier*), gallicè *sommation*, vel per alium actum æquivalentem ; art. 1139. Juxta jurisperitos, non sufficeret interpellatio verbalis, sed requiritur instrumentum aliquod quod fidem facere possit.

Ut igitur omnia uno verbo complectamur, nisi aliter lex expressè statuerit, vel convenerint contrahentes, debitor non tenetur ad damnorum compensationem, nisi fuerit constitutus in mora per actum juridicum.

179. II. *Quatenus requiratur ut debitor constituatur*

in mora QUOAD FORUM CONSCIENTIÆ. Quidam theologi, olim quæstionem expendentes quoad usuras moratorias, docebant standum esse dispositioni juris civilis : tum quia servandæ sunt leges justæ; tum quia censetur conventio inita juxta juris dispositionem. Ita SAINTE-BEUVE, *Collat. Paris.*, etc. — Verùm docebat POTHIER, in foro civili requiri interpellationem, quia aliter non constat de mora ; sed in conscientia debitorem qui est reipsa in mora teneri damnum compensare, neque creditorem e jure suo excidere eo quòd non interpellando juridicè debitorem ipsi pepercerit.

Inter hæc, distinguendum putamus. Si debitor ob dilatam exsecutionem contractûs sit culpabilis juridicè tantùm, non tenebitur de damno, nisi adsit mora qualis a jure exigitur ; cùm enim obligatio oriatur a lege, non est ultrà extendenda. Si verò sit culpabilis theologicè, eo ipso tenetur damna compensare. Igitur in foro conscientiæ aderit mora sufficiens ut debeatur compensatio damnorum, 1° quando jus agnoscit moram pleno jure incurri ; 2° quando ita fert conventio expressa, ad sensum art. 1139 ; 3° quando adfuit interpellatio facta a creditore, etiam non juridicè ; 4° quando debitor est culpabilis theologicè ob dilatam exsecutionem contractûs. In his omnibus casibus debetur compensatio etiam ante ullam judicis sententiam, ut communiter agnoscunt auctores : ita sequitur ex intentione contrahentium, et ex natura debiti.

§ 3. *In quo consistere debeat compensatio damnorum propter contractum non impletum.*

180. I° *Quando obligatio est* DE ALIQUA PECUNIÆ SUMMA. — Duo statuit art. 1153 : 1° compensationem illam non posse generatim excedere taxationem factam a lege; 2° creditorem posse illam exigere quin teneatur probare damna quæ passus est. Hinc duplex expendenda occurrit quæstio.

I. *Utrùm in conscientia standum sit taxationi legis?* — Ex art. 1153 patet quosdam esse casus a lege ipsa exceptos, nempe in fidejussione, art. 2028 ; in materia com-

mercii, art. 178, 181 et 187 Cod. comm.; in casu socii qui moratur partem suam afferre, art. 1846 Cod. civ. Extra hos casus, lex ipsa taxavit quænam debeatur compensatio: sive quia cùm pecunia ad omnes usus adhiberi possit, vix prævideri possunt varia damna ex solutionis defectu oritura, ideoque janua aperiretur litibus, nisi taxatio in antecessum facta fuisset; sive quia alioquin locus daretur multis contractibus usurariis. Hæc taxatio facta fuit per legem 3 septembr. 1807; est nempe 5 pro 100 et 6 in materia commercii. De hac redibit sermo ubi *de Usura:* hic agitur specialim de usura quæ vocatur *moratoria.*

Quæstio est, utrùm contrahentes possint et debeant huic taxationi legis stare in conscientia; seu utrùm creditor possit summam illam exigere, quando minus damnum patitur, et illam excedere nequeat, etiam quando majus damnum patitur: hæc duo nobis connexa videntur; si enim dicatur non posse exigi ultra legem, dicendum erit huic stari posse etiam quando damnum est minus, et vice versa: ratio est, quia vel nullatenus, vel omnino standum est legi in foro conscientiæ, et legislator ita meritò velle censetur ut æquè faveat et debitori et creditori.

Duplex olim aderat opinio. Prima tenebat nunquam exigi posse ultra taxationem legis: juxta quosdam, simpliciter quia parendum est legi latæ ex motivo boni publici; juxta alios, quia semel determinato pretio legali, injustum esset huic non stare. Secunda opinio docebat exigi posse compensationem totius damni quando superat taxationem legis: existimabant jus civile noluisse tollere obligationem naturalem; et satis fuisse ut denegaretur actio, ad præcavendas fraudes.

181. Hodie pariter non concordant auctores, quorum alii taxationem restringunt ad forum externum; alii putant valere in conscientia. Existimamus regulariter standum esse taxationi legis.—*Prob.* 1. *Ex discussione art.* 1907, et legis 3 sept. mox memoratæ colligi potest eam fuisse legislatorum mentem, quòd huic taxationi obtemperarent in conscientia, saltem viri probi. 2° *Ex ratione,* seu ex scopo legis. Lex voluit simul providere creditori et debi-

tori ; ideo attendit ad probabilitates lucri et damni, et determinavit eo modo quem magis expedire judicavit ut nec lucrum nec damnum essent immodica : voluit etiam præcavere mala quæ ex usuris immoderatis undequaque oriebantur. Porrò ille scopus videtur postulare ut attingat forum conscientiæ; sic enim præcaventur pactiones arbitrariæ; alioquin nimis facile foret eludere legem viis indirectis quas attingere non possent tribunalia. Ergo, etc. Et verò vel nulla præcessit conventio, et determinanda est compensatio post inexsecutionem contractûs, vel agitur de conventione antea ineunda. In priori casu, cùm *Ea veniant in contractibus quæ sunt juris et consuetudinis*, debitor non censetur ad aliud se obligasse quàm ad compensationem a lege statutam ; ergo nihil amplius ab eo exigendum est. In posteriori casu, cùm plerumque incerta sint lucra et damna, exigit bonum publicum ut adsit aliqua regula certa, etiam in foro conscientiæ; alioquin via aperiretur non solùm anxietatibus, sed fraudibus innumeris, et sic locum haberent incommoda quæ lex voluit impedire : porrò nulla certior regula haberi potest quàm taxatio legis quæ ex communiter contingentibus lata est. Ergo, etc.

Dixi *Regulariter*, quia excipiendi videntur quidam casus, in quibus adest ratio peculiaris, simulque omnino constat de damno, et nulla fraus est timenda. 1° Si debitor fraudulenter omittat solvere tempore debito, et creditor inde majus damnum patiatur, v. g., quia occupantur ejus bona, etc., debitor, si fuerit monitus, tenebitur illud compensare : non adest hic simplex mora, sed vera injustitia, a cujus reparatione lex nec voluit nec potuit eximere. 2° Si creditor, ineundo conventionem, moneat debitorem de damno sibi imminenti, si suæ obligationi desit, et debitor illud in se suscipiat, valebit illa stipulatio, licèt excedatur de facto taxatio legalis. Id admittunt, etiam pro foro externo, plures jurisperiti : et quamvis alii id rejiciant, videtur saltem admittendum in foro interno; poterit damnum esse majus vel minus, unde est contractus aleatorius, a lege non reprobatus.

182. II. *An creditor possit recipere summam a lege determinatam, quando ex dilatione nullum patitur damnum ?*

Duplex olim aderat opinio. Alii tenebant legem fundari tantùm præsumptione facti, id est, compensationem non adjudicari nisi quia præsumitur ex dilatione damnum obvenire creditori : unde concludebant non posse recipi, quando reipsa nullum adest damnum. Alii sentiebant legem intendere, non tantùm compensationem damni, sed etiam pœnam debitori culpabili infligendam : unde deducebant creditorem posse recipere, etiamsi nullum damnum pateretur, modò debitor esset reipsa culpabilis.

Ex his sequitur eò reduci quæstionem nostram, an hodie scopus legis sit tantùm indemnem servare creditorem, an etiam punire debitorem. Porrò existimamus nihil ostendere quòd lex intendat præcisè punire debitorem. 1° In discussione variorum articulorum huc spectantium nihil hujusmodi occurrit : contrà legislator videtur in id fuisse præcipuè intentus ut debitori succurreret contra avaritiam creditorum. 2° Ex principiis in lege admissis, opus non erat ad tale motivum recurrere : cùm enim ex lege licitum sit auctarium in quolibet mutuo percipere, evidens est hanc rationem sufficere. 3° Si imponeretur per modum pœnæ, idem statui debuisset etiam pro casu ubi non agitur de pecuniæ summa : atqui tamen tunc nihil adjudicatur, nisi probetur adfuisse damnum, ut docent jurisperiti. Ergo adjudicatur tanquam auctarium ex mutuo ; ac proinde quæstio solvenda est ex iis quæ dicemus *de Usura*.

183. II° *De compensatione debita quando obligatio est* DE RE ALIQUA PRÆSTANDA. — I. *Si præcessit conventio partium*, huic omnino standum est ; art. 1152. Aliud olim admittebatur : sed conventio vim legis habere debet inter contrahentes, quibus meliùs nemo nosse potuit quodnam damnum immineret. Unus tamen excipitur casus, in quo judex potest, ex art. 1231, taxationem conventam moderari, quando nempe conventio partim exsecutioni demandata est : cùm enim taxatio facta fuisset in hypothesi quòd nullatenus impleretur contractus, æquum non est ut credi-

tor recipiat compensationem integram pro inexsecutione tantùm partiali. In foro conscientiæ, servanda est dispositio Codicis civilis, modò in conventione dolus aut injustitia ex parte creditoris non adfuerit; quia quando determinatur compensatio pro damno incerto, est veluti contractus aleatorius, qui proinde ab eventu futuro est independens. Sed si creditor abusus fuerit necessitate debitoris ad stipulandam compensationem immodicam, evidens est eum non posse in conscientia exigere conventionis exsecutionem.

184. II. *Si nulla conventio præcessit.* Regula generalis est, compensandum esse lucrum cessans et damnum emergens; art. 1149. Et quidem 1° *si non adfuerit dolus*, compensanda sunt tantùm damna quæ prævisa sunt aut prævideri potuerunt tempore contractûs; art. 1150 : prævisa autem censentur, juxta jurisperitos, ea quæ passus est creditor *propter ipsam rem non habitam.* 2° *Si adfuerit dolus*, compensanda sunt damna etiam non prævisa : quia debitor ignorare nequit se suscipere omnia damna ex dolo suo secutura. Attamen etiam in eo casu non tenetur nisi de damnis quæ directè et immediatè sequuntur ex inexsecutione conventionis; art 1151. Quoad alia, quæ nonnisi remotè et occasionaliter sequuntur, ipsi non censentur imputanda. Vid. quæ diximus in Tr. *de Justitia* (n° 413).

CAPUT II.

DE VARIIS OBLIGATIONUM SPECIEBUS, SEU MODIFICATIONIBUS.

185. Diversi generis esse possunt illæ modificationes : agemus seorsim 1° de obligationibus conditionalibus; 2° de obligationibus quæ dicuntur *ad diem, ad causam, ad modum*, et *ad demonstrationem ;* 3° de obligationibus alternativis; 4° de obligationibus in solidum; 5° de obligationibus dividuis vel individuis; 6° de obligationibus cum clausula pœnali; 7° de obligationibus quibus accedit juramentum.

Art. 1. *De obligationibus conditionalibus.*

186. Quidquid dicendum habemus triplici paragrapho complectemur : 1° exponemus quid et quotuplex sit conditio ; 2° agemus de variarum conditionum effectibus ; 3° de earum adimpletione.

§ 1. *Quid et quotuplex sit conditio.*

187. Obligatio conditionalis ea dicitur quæ ab eventu futuro et incerto pendet, quoad validitatem vel quoad resolutionem. Ita Codex civilis, art. 1168.

Dicitur 1° *Ab eventu futuro,* quia cùm proprius conditionis effectus, juxta leges, sit suspendere obligationem, si agatur de eventu præterito aut præsenti, non vocatur stricto sensu legum conditio, quamvis verbum illud adhibeatur art. 1181 Codicis civilis : nam contractus eo modo initus statim validus est, vel invalidus, prout existit conditio, vel non existit ; quamvis contrahentes non teneantur obligationem adimplere, donec conditionis eventum cognoscant. 2° *Ab eventu incerto,* quia si eventus sit de futuro necessario ut tali cognito, regulariter non est præcisè conditio, sed tantùm terminus : contrahentes enim non intendunt suspendere consensum, sed tantùm differre illius executionem. Ita communiter theologi et jurisperiti. Dixi *Regulariter,* quia quando obligatio est annexa soli personæ, mors ejus licèt certò futura, efficere potest veram conditionem, quatenus deficiet obligatio, si mors accidat antea. 3° *Quoad validitatem vel resolutionem,* quia conditio est vel suspensiva, quando ab ejus adimpletione pendet validitas obligationis ; vel resolutoria, quando per ejus eventum revocatur seu resolvitur : ista, inquiunt jurisperiti, est suspensiva non *contractûs,* sed *distractûs.*

188. Conditio multiplex distinguitur. — 1° Alia est *suspensiva,* alia *resolutoria,* ut vidimus. — 2° Alia est *positiva,* alia *negativa :* prior locum habet, quando contractus initur ex hypothesi quòd talis eventus contingat ; posterior verò, si ex hypothesi quòd non contingat. — 3° Conditio dividitur in potestativam, casualem, et mix-

tam. *Potestativa* ea est cujus executio pendet a libera voluntate alterutrius e contrahentibus; art. 1170. *Casualis*, quæ nullo modo pendet a contrahentibus, sed respectu eorum est fortuita; art. 1169. *Mixta*, quæ pendet simul a voluntate unius e contrahentibus, et a voluntate cujusdam tertii, vel a casu fortuito; art. 1171.— 4° Conditio est vel *possibilis*, vel *impossibilis*: conditio autem impossibilis est vel absolutè, vel relativè: item vel physicè, vel moraliter. Impossibilis moraliter vocatur *turpis*, seu inhonesta. — 5° Conditio est vel *expressa*, vel *tacita*. Prior, quæ dicitur etiam conditio *facti*, ea est quæ in contractu seu dispositione verbis enuntiatur. Posterior, quæ dicitur *legalis* seu conditio *juris*, ea est quæ non enuntiatur quidem, sed adesse præsumitur, vel ex dispositione legis, vel ex natura contractûs seu illius objecti quod utrùm exstiturum sit, necne, incertum est, vel ex præsumpta contrahentium voluntate attentis circumstantiis deducitur. — 6° Tandem conditiones quædam dicuntur *contrariæ substantiæ* contractûs, quando nempe aliquid includunt quod cum contractu conciliari nequit.

§ 2. *De variarum conditionum effectibus.*

189. Dicemus 1° de conditione suspensiva generatim; 2° de conditione potestativa; 3° de conditione impossibili; 4° de conditione turpi; 5° de conditione contraria substantiæ contractûs; 6° de conditionibus tacitis; 7° de conditione resolutoria.

I° *De effectibus conditionis* SUSPENSIVÆ GENERATIM SPECTATÆ.— Sub triplici respectu considerari potest quæstio: vel ante eventum, vel impletâ conditione, vel eâ deficiente.

190. I. ANTE EVENTUM. — Suspenditur obligatio, seu, ut dicitur in jure, *tantùm spes est debitum iri*. Spes autem illa, seu jus conditionatum, spectari potest in seipso, quoad rem quæ est illius objectum, quoad contrahentes.

1° *De jure conditionato* IN SE *spectato*. Præcipua quæstio est, an, si creditor moriatur, jus illud transeat ad hæredes? — De quo, juxta mentem legum, distinguendum est: in contractibus, transit ad hæredes; art. 1179: in testa-

mentis, non transit; art. 1040. Ratio discriminis desumitur ex voluntate præsumpta contrahentium, et testatoris.

191. 2° *De jure conditionato spectato* QUOAD REM *quæ est illius objectum*. Res illa adhuc permanet sub dominio debitoris; sequitur ex notionibus allatis, et deduci potest ex art. 1182.

Hinc 1. si res casu fortuito tota *pereat*, nulla est obligatio. Obligatio enim oritura erat tantùm ex eventu conditionis; cùm ergo eo momento nullum existat illius objectum, nequit exoriri. Et ita statuit idem art. 1182, qui tamen verbis minùs accuratis utitur; dicendo enim obligationem exstingui, supponere videtur hanc exstitisse, ideoque in errorem inducere posset. Dicitur 1° *Si tota pereat*, quia si solùm fiat deterior, vel nonnisi quoad aliquam sui partem pereat, relinquitur in arbitrio creditoris contractum resolvere, vel rem exigere qualis exstat, absque imminutione pretii; *ibid.* 2° *Si res casu fortuito* pereat, quia si per culpam debitoris, creditor potest exigere compensationem damnorum; si autem deterior evaserit, vel resolvere contractum, vel rem exigere cum damnorum compensatione; *ibid.* Damna verò æstimanda videntur juxta valorem quem res habitura fuisset tempore quo impletur conditio; tunc enim, et non antea, potuisset res exigi. 3° *Nulla est obligatio:* non verò dicimus cum quibusdam quòd *res pereat debitori;* istud enim verum non est in omnibus casibus. Etenim si agatur de contractu gratuito, res verè perit creditori (seu donatario aut legatario cui debebatur), posito quòd impleatur conditio; debitor enim liberatur a sua obligatione. Quando ergo dicitur rem perire debitori, illud intelligendum de contractu oneroso; quatenus nempe debitor rem amisit, nec potest tamen pretium ab altero contrahente repetere, etiamsi eveniat conditio.

192. Hinc 2. *fructus rei* pertinent ad debitorem rei, v. g., ad venditorem, si agatur de contractu venditionis: neque restituendi erunt creditori, licèt postea conditio impleatur; imò, si res creditori tradita fuisset, fructus ante conditionis eventum percepti restituendi forent. Ratio est, quia res fructificat domino. Licèt autem even-

tus conditionis habeat effectum retroactivum, fructus percepti remanent penès debitorem, nec ad eos extenditur retroactivitas : sive quia debitor jus ad illos habet in eo casu titulo possessoris bonæ fidei, sive quia, cùm illi res pereat aut imminuatur, quemadmodum sentit incommodum, ita debet sentire commodum.

193. — 3° *De jure conditionato spectato* QUOAD CONTRAHENTES. 1. *Debitor* tenetur exspectare eventum conditionis, nec potest invito creditore a contractu resilire.

Hinc qui ante eventum conditionis resilit a contractu, peccat, et injustitiam committit quam reparare tenetur. Sed non ita constat, an etiam invalida sit ea revocatio, adeò ut adveniente conditione nihilominus absolutus evadat contractus? — Distinguendum est inter varias species contractuum. Quoad *contractus consensuales*, sententia communis est, ait DE LUGO, non posse debitorem validè resilire. Cùm enim hujusmodi contractus solo consensu perficiantur, consensu semel dato et acceptato nihil deest nisi conditionis impletio, ut effectum suum producant. Quoad *contractus reales*, cùm ante traditionem debitor servet rei dominium, potest illud validè alteri transferre, ex antea dictis (no 122) : si ergo transferat per traditionem, revocatus erit contractus conditionatus; et tenebitur solummodo debitor ad compensanda damna exinde creditori illata. Sed non potest alio modo revocare, et extra hunc casum semper tenebitur ad rem tradendam : quamdiu non tradet, perfectus non erit contractus, ut patet; sed, si priorem consensum revocaverit, tenebitur novum præstare. Quoad *matrimonium*, agnoscunt auctores revocationem consensûs ex alterutra parte efficere ut, adveniente conditione, non perficiatur : quemadmodum, juxta omnes, non valet matrimonium per procuratorem, si una pars consensum revocaverit antequam procurator contrahat. Rationem autem a priori exinde desumendam putamus quòd matrimonium non sit indissolubile, nisi quando est absolutum et perfectum, ac proinde quando impleta est conditio : antea igitur potest consensus validè revocari, et, si novum absolutè ineatur, validum erit; sed si

novum initum non fuerit, qui consensum revocavit tenetur novum consensum præstare, ut reparet injuriam alteri parti illatam. Vid. Tr. *de Matrimonio* (n° 11).

194. — 2. *Creditor* ante eventum conditionis potest exercere omnes actus conservatorios sui juris ; art. 1180: alioquin jus illius esset illusorium. Pariter potest rem dare in hypothecam, quæ conditionata erit quemadmodum jus illius ; art. 2125 : nec adversatur art. 2129 , qui exigit ut bonum quod datur in hypothecam *pertineat nunc* ad debitorem ; id dici potest etiam de bono ad quod jus tantùm conditionatum habet. Propter eamdem rationem, potest rem pariter conditionatè alienare; et impletâ conditione, omnino valebit illa alienatio.

195. II. *De effectu conditionis* QUANDO IMPLETUR. Duplex præcipuè oritur effectus.

I[us] est, quòd contractus statim fiat perfectus, et obligatio evadat absoluta. Id admittunt omnes : sola difficultas est, an id fiat ipso facto, an verò requiratur renovatio consensûs? — 1° Quando agitur de *contractibus consensualibus*, satis communiter admissum videtur eos valere absque novo consensu : idque facilè intelligitur ex modò dictis; si enim in hujusmodi contractibus consensus validè revocari nequeat, manifestum est novum consensum non requiri. Constabit insuper ex modò dicendis. — 2° De *contractibus realibus* non pauci aliter sentiunt; attamen probabilius videtur non requiri novum consensum, modò prior non fuerit revocatus, et facta sit etiam conditionatè traditio qualem requirit contractus. Cùm enim consensus non sit aliquid physicum, quod necessariò producat effectum statim ac ponitur et non postea, possunt contrahentes vim illius suspendere, et illum referre ad tempus quo implebitur conditio ; quo posito, statim valebit absque novo illorum actu. Atqui ita reipsa volunt : nam venditor, v. g., non dicit *Vendam*, si conditio eveniat, sed *Vendo ;* unde agnoscunt omnes discrimen inter talem contractum, et meram promissionem contractûs, quod tamen nullum esset in sententia adversariorum. Contractus est, ut ita loquamur, *in fieri;* impletâ autem

conditione, et consensu perseverante, jam est *in facto esse*, seu e conditionato fit absolutus. — 3° Quando agitur *de matrimonio*, adest peculiaris difficultas, tum eo quòd sit sacramentum, tum ex lege concilii Tridentini quæ exigit præsentiam parochi et testium: unde communiùs docebant veteres theologi necessariò requiri renovationem consensùs. Attamen canonistæ communiter, et recentiores theologi communiùs, docent etiam matrimonium fieri perfectum absque novo consensu; et ita non semel declaravit S. Congregatio Concilii, teste FAGNANO. Ratio fundamentalis est, quòd Christus elevando matrimonium ad dignitatem sacramenti non mutaverit illius naturam; unde agnoscunt omnes theologi multa in eo admitti quæ in aliis sacramentis locum non habent. Vid. Tr. *de Matrimonio* (n° 11).

196. Ex his sequitur, a tempore quo impleta est conditio, 1. rem perire vel imminui pro creditore, quia est illius verus dominus; 2. fructus ad illum pertinere; 3. ex eo tempore incipere cursum præscriptionis, ut deduci potest ex art. 2257.

197. IIus *effectus* qui oritur ex adimpletione conditionis est, quòd obligatio habeat, saltem in contractibus, generatim loquendo effectum retroactivum, seu censeatur sub multis respectibus exstitisse a die contractûs; art. 1179.

Dicitur 1° *Sub multis respectibus*, quia si effectus esset sub omni respectu retroactivus, sequeretur interitum rei, adimpletâ conditione, recidere in creditorem: quod tamen locum non habet ex dictis (n° 191); quia quando res periit, frustrà impletur conditio, cùm obligatio non ampliùs habeat objectum. 2° *Saltem in contractibus*, quia disputant auctores an idem dicendum sit in legatis: de quo standum est iis quæ statuuntur art. 1040 et 2125 Cod. civilis.

198. Hinc 1° si debitor pendente conditione rem in hypothecam tradiderit, vel ei alia onera annexuerit, hæc omnia, impletâ conditione, evanescunt. Ita facilè deducitur ex art. 2125, 2182: quia nempe *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habeat*. 2° Si debi-

tor rem alienaverit, eam nihilominus creditor a possessore potest repetere, ob eamdem rationem. Quod tamen intelligendum de solis contractibus qui ad translationem dominii traditionem non requirunt, ut patet ex antea dictis, et deducitur ex art. 1141; de quo vid. suprà (nº 162).

199. III. *De effectu conditionis* QUANDO DEFICIT. Actus conditionalis, inquiunt auctores ex jure Romano, *defectâ conditione, nihil est.* Contractus igitur habetur tanquam irritus ab initio; nunquam fuit perfectus, ac nullum proinde producit effectum. Hinc, si traditio facta fuisset pendente conditione, creditor teneretur restituere fructus interim perceptos; quia traditio, ut et illius effectus, conditionata fuisse censetur. Nec refert quòd fuerit bonæ fidei possessor, quia possessio fuit precaria, possedit nomine alterius.

200. Quid, si agatur de testamento in quo testator disposuerit conditionatè de iisdem bonis quæ priùs in testamento absoluto donaverat; deficiente conditione, quæritur an reviviscat prius illud testamentum? — Dissentiunt jurisperiti. Nobis videtur, secundam dispositionem conditionatam fieri potuisse duplici modo, vel cum intentione priorem revocandi absolutè, vel tantùm conditionatè; ac proinde inquirendam esse ex circumstantiis intentionem disponentis: sed deficiente indicio certo, libenter crederemus stare duplicem dispositionem in quantum fieri potest, ideoque revocationem non habendam esse nisi ut conditionatam.

201. II° *De effectu conditionis* POTESTATIVÆ. — Ex art. 1174 Codicis civilis, irritus est contractus initus sub conditione suspensiva merè potestativa ex parte illius qui sese obligat. Ratio est, quia, deficiente obligatione, deficit contractus: porrò in præsenti casu evidens est nullam reipsa oriri obligationem; nullum est *vinculum juris*, ut loquuntur jurisperiti.

Dixi 1° *Sub conditione merè potestativa*, quia, juxta jurisperitos, si conditio non pendeat a sola promittentis voluntate, sed a quodam facto quod est in ipsius potestate, subsistit obligatio, saltem generatim loquendo. Tibi, v. g.,

promitto 100 nummos, si intra annum iero Lugdunum: adest vinculum juris, seu obligatio non eundi Lugdunum, vel dandi summam promissam : obligatio igitur non pendet omnino a mea voluntate. Quidam tamen sentiunt aliud, ex art. 944, dicendum esse de donationibus. 2°. *Sub conditione suspensiva;* quia idem dicendum non est de conditione resolutoria : v. g., potest fieri locatio quæ post tale tempus resolvetur, si unus e contrahentibus voluerit. Hæc conditio non obstat quin obligatio exstiterit; respicit tantùm ejus durationem : ergo non applicatur ratio allata. 3° *Ex parte illius qui se obligat*, quia si pendeat ex voluntate illius erga quem se obligat, valebit contractus : v. g., tibi dabo 100 nummos si volueris, si Romam ieris, etc.; item, si pendeat a voluntate tertiæ personæ : tunc conditio non censetur potestativa, sed casualis respectu contrahentium, ad sensum art. 1169.

202. III° *De effectu conditionis* IMPOSSIBILIS. — Si attendatur ad *jus naturale* tantùm, dicendum videtur, saltem generatim, irritam esse obligationem sub conditione impossibili. Nam sinè consensu non adest obligatio; porrò hic deest consensus, cùm alligatus fuerit eventui impossibili. Ita communiter admittere videntur auctores.

Ex *jure civili*, idem quoad contractus statuitur; art. 1172. Sed quoad testamenta, jus Romanum habebat conditiones impossibiles pro non scriptis, seu non adjectis: unde testamentum non vitiabant. Idem statuit Codex civilis, art. 900, qui testamentis sub eo respectu æquiparat donationes, quas jus Romanum æquiparabat contractibus. Hujus dispositionis ratio variè assignatur : difficilè præsertim explicatur dispositio Codicis civilis quoad donationes, quæ videtur ortum habuisse a circumstantiis politicis in quibus primùm lata est, an 1791. Sed quidquid sit, quamvis quidam dicant legem non fundari nisi in præsumptione facti, ideoque vim non habere in conscientia, quando præsumptio illa aliunde eluditur, potiùs dicendum videtur, positâ semel legis dispositione, unumquemque censeri testamentum vel donationem facere modo ipsi consentaneo; ergo si hanc dispositionem cognoscat, vult

efficaciter ut actus suus valeat : licèt verò ignoret, censetur habere hanc voluntatem prædominantem. Tandem quoad *matrimonium*, statuit pariter jus Canonicum conditiones impossibiles debere, *propter ejus favorem*, *pro non adjectis haberi.* De quo Vid. *de Matrimonio* (n°12).

203. IV° *De effectu conditionis* TURPIS. — Agnoscunt omnes contractum posse esse validum etsi vitietur ex aliqua circumstantia extrinseca, v. g., ex perverso fine contrahentium, imò etsi fiat contra legem prohibentem. Sed quæstio est, utrùm valeat contractus de præstanda re vel actione quæ hic et nunc præstari nequit sinè peccato, sive res illa sit mera conditio contractui apposita, sive sit ipsa materia de qua contrahitur; v. g., si contrahatur de adulterio vel homicidio perpetrando, de injusta sententia ferenda. Id expendi potest 1° ante conditionis eventum; 2° post illius eventum; 3° post exsecutionem contractûs.

I. *De contractu sub conditione turpi*, ANTE CONDITIONIS EVENTUM. — Certum est nullam exinde exsurgere obligationem : ille qui promisit rem turpem, certè non tenetur promissum exsequi; imò omnino tenetur ab ea abstinere : alter verò qui pretium, v. g., promisit, nec tenetur solvere ante impletam conditionem, ut facilè intelligitur; nec tenetur exspectare eventum, quia contrà tenetur impedire ne ponatur, alioquin ilii imputabitur, cùm illius causam posuerit : ergo tenetur non solvere, ne alterum efficaciùs incitet ad crimen patrandum.

Hinc si promittens pretium solverit, qui illud recepit tenetur abstinere ab actu, et pretium restituere : nullum titulum habet ad illud retinendum.

204. II. *De contractu sub conditione turpi*, POST IMPLETAM CONDITIONEM. — Multiplex est theologorum opinio. Prima, quæ est communior, docet *valere hujusmodi contractum,* si attendatur ad jus naturale, ideoque, impletâ conditione turpi, alterum obligari ad rem promissam, si honesta sit, præstandam. — *Prob.* Si non valeret ille contractus, vel ex defectu materiæ, quæ sit pretio æstimabilis, vel eo quòd illius validitas esset incitamentum ad crimen :

6.

atqui neutrum dici potest. Non Ium : sive quia opus turpe, prout est actio humana utilis uni, alteri verò laboriosa, potest pretio æstimari; sive quia si valere non possit contractus ut onerosus, valebit ut gratuitus. Non IIum : sive quia, cùm contractus vim non habeat nisi impletâ conditione, jam non potest ad crimen inducere; sive quia, si validitas contractûs inducat promissarium ad crimen, ab illo retrahet promittentem qui si sciat a se solvendum fore pretium, difficiliùs promittet, et post promissionem impedire conabitur criminis exsecutionem; sive demum quia ex eo quòd contractus possit incitare ad crimen, non sequitur eum esse invalidum, alioquin quilibet contractus illicitus esset eo ipso irritus.

Secunda opinio, quam propugnant plures graves theologi et jurisperiti, docet *irritum esse hujusmodi contractum*. — *Prob.* Si valeret contractus post rei turpis exsecutionem, merces promissa deberetur vel ut pretium rei turpis, vel præcisè vi promissionis : atqui neutrum dici potest. Non Ium : res enim turpis non potest æstimari in se et formaliter, ut omnes agnoscunt; nec etiam ratione adjunctorum : sive quia labor, pericula, etc. quæ non deducunt ad aliquid utile, nullius sunt pretii; sive quia bonum societatis postulat ut res hujusmodi non æstimetur. Non IIum : nam admitti nequit vis seu obligatio quæ ad nihil aliud inserviret quàm ad excitandum directè et efficaciter ad crimen; talis enim obligatio nec sanciri potest a Deo summè sancto, nec tendit ad bonum societatis : atqui obligatio de qua hìc agimus ad nihil aliud inserviret, etc. Nam certè promissarius induceretur ad crimen citiùs patrandum, ut jus suum acquirat. Et revera theologi rejiciunt obligationem ante eventum, quia esset incitamentum ad crimen : atqui longè majus erit, si existat post eventum. Si enim antea existeret, lentiùs fortè procederet malefactor qui jus suum periclitari non cerneret, et forsan interim a pravo consilio abhorreret; si verò non existat nisi postea, timebit ne promissio revocetur, et præceps in crimen ruet, ut promissorem irrescindibiliter obliget. Hæc non satis attendisse videntur auctores, qui non respexe-

runt nisi crimen jam patratum, non cogitantes de influxu decisionis in contractus postea subsecuturos. — *Confirmatur* hæc opinio ex auctoritate Cleri Gallicani, qui an. 1700 damnavit hanc propositionem, quæ est 53ª: « Possunt judices accipere munera a litigantibus, nec tenentur restituere quæ acceperint ad pronuntiandam sententiam injustam. »

Præter illas duas opiniones, quædam sunt aliæ, quæ distinguunt inter varias conditionum species. Alii dicunt non valere contractum sub conditione contraria justitiæ; valere autem sub conditione alteri tantùm virtuti repugnante. Alii distinguunt inter actus lege naturali prohibitos, et eos qui non prohibentur nisi a legibus positivis. Alii discrimen assignant inter actus intrinsecè et substantialiter malos, et actus non nisi extrinsecè et accidentaliter illicitos.

205. Inter has opiniones, statui debere nobis videtur hoc principium solutionis : Admittenda non est obligatio quæ in se et directè excitat ad peccatum, et nullum alium scopum legitimum habet; quia non videtur sanciri posse a Deo. Si verò obligatio aliquo principio cohonestari possit, licèt per accidens possit esse incitamentum ad peccatum, non ideo est rejicienda; quia tunc concipitur quomodo approbetur a Deo, eo quòd bonus effectus exinde exortus saltem compenset malum.

Hoc posito, *ex jure naturali*, hæc statuimus.—1° Probabilius videtur contractum sub conditione turpi esse generatim invalidum. Validiora videntur argumenta in gratiam illius opinionis. — 2° Valet illa assertio, licèt actio non sit illicita nisi ex dispositione legis positivæ. Applicatur eadem ratio : conventio non potest esse vinculum iniquitatis. — 3° Non valet, si materia contractûs, seu id quod a contrahentibus intenditur, sit in se bona et æstimabilis : v. g., si promissa fuerit merces operanti serviliter die festo. Tunc enim non deest materia ; non minùs enim æstimabilis est, v. g., vestis confecta die dominicâ quàm die feriali : adest obligationis scopus rationabilis, nempe ut servetur æqualitas : ergo potest a Deo approbari, licèt indirectè

excitet ad crimen; alioquin dicendum foret omnem contractum illicitum esse eo ipso irritum, quod nemo admittit. Si tamen directè intenderetur circumstantia mala, contractus sub eo respectu foret irritus.

Ex jure autem *civili*, generatim *invalidi sunt contractus* sub conditione turpi. Ita expressè statuit Codex civilis, art. 1172; idem deducitur ex art. 1108, 1131 et 1133. Illa dispositio talis nobis videtur naturæ, ut etiam in sententia eorum qui tenent hujusmodi contractus esse validos ex jure naturali, dicendi sint irriti ex jure civili etiam in foro conscientiæ : illa enim nullitas pronuntiatur modo absoluto, intuitu morum et boni publici; ergo applicandum quod diximus suprà (nº 70). Sed in *testamentis* et *donationibus*, conditio turpis pro non adjecta habetur; art. 900. Hic applicantur quæ dicta sunt de conditione impossibili (nº 202) : si constaret donatorem voluisse alligare consensum conditioni, ita ut intenderet jus conferre eâ impietâ, et non aliter, actus esset invalidus, sive ante, sive post eam impletam; si verò non constet de voluntate donatoris aut testatoris, videtur standum dispositioni legis. Quoad *matrimonium*, idem dicendum ac de conditione impossibili.

206. III. *De contractu sub conditione turpi* POST EXSECUTIONEM CONTRACTUS. — Non etiam omnino concordant auctores, etiam inter eos qui propugnant opinionem quam admisimus. Nobis hæc statuenda videntur pro foro conscientiæ.

1º Ex *jure naturali*, qui aliquid accepit vi contractûs post conditionis turpis exsecutionem, *tenetur* illud *restituere*. Cùm enim contractus fuerit irritus, nullum jus ipsi transtulit; ergo pretium recepit sinè causa, sinè titulo : ergo illud restituere tenetur, titulo injustæ acceptionis, si nullitatem contractûs cognoverit; titulo rei acceptæ, si ignoraverit. Dixi *Qui accepit vi contractûs* : si enim ille qui solvit compertum habuerit se ad id non teneri, et tamen donare voluerit, valebit illa donatio, quia nulla est ratio sufficiens cur irrita declaretur; ergo non aderit saltem stricta obligatio restituendi. Ita varii auctores.

2° Illa *restitutio ex jure naturali* facienda est *ei qui solvit*. Nam servat dominium : nec enim ei renuntiavit, cùm non solverit nisi ex errore, quia credebat se ad id teneri ; neque jus suum amisit per suam turpitudinem, nisi ita statuerit lex positiva.

Dictum est in utraque assertione *Ex jure naturali :* ex *jure* autem *civili* illi qui solvit denegatur actio, quia non decet ut audiatur allegans propriam turpitudinem ; sed nihil indicat, saltem generatim, quòd lex intendat ipsum spoliare dominio ; a fortiori non intendit illud transferre ad accipientem, qui magis reus est, et præter culpam propriam fit particeps culpæ alienæ. Excipiunt quidam casum quo princeps tolerandas judicat quasdam professiones turpes, ad vitanda majora mala, v. g., meretrices : tunc, inquiunt, qui eas professiones exercent possunt retinere quod ipsis datur, non vi contractûs, sed ex autoritate legis dominium ipsis transferentis eorum quæ fisco non addicit. Aliquando etiam ille qui solvit privatur per legem suo jure : ita sentiunt multi theologi de pretio simoniaco ; de quo in Tr. *de Simonia*.

207. Ex principiis positis concludi potest, quid determinandum sit quoad lucra percepta a meretricibus, comœdis, et aliis personis hujusmodi, ob turpem causam ?

1° Attentis solis juris naturalis principiis, restituere deberent vel iis a quibus receperunt, quando illud possibile est ; vel, si id sit impossibile, in usus pios erogare.

2° Attentis rebus prout nunc sunt, satis probabiliter dici potest, semper rigorosè exigi non posse vi justitiæ hujusmodi restitutionem, tum propter legum tolerantiam, tum quia non raró supponi potest absoluta et completa donatio ex parte eorum qui solvunt.

3° Quæcumque sententia eligatur, sive quoad quæstionem generalem, sive quoad casum peculiarem, expedit ut restitutio hujusmodi per modum pœnitentiæ imponatur : ita satis communiter theologi. Ratio est, tum quia peccatum meretur hanc pœnam, tum ne hujusmodi personæ ex peccato lucrum reportent, sicque vel ad crimen alliciantur, vel ad illud, utpote boni sui originem, affec-

tum servent. Quousque autem extendenda sit restitutio, multùm pendebit ex variis circumstantiis.

Cæterùm hic operæ pretium erit afferre decisionem a S. Pœnitentiaria datam die 23 aprilis 1822 : « Dub. Meretrix quæ magnam pecuniæ summam obtinuit, concedendo usum sui corporis variis amatoribus, nuperrime conversa est. Numquid tenetur restituere omne pretium suorum criminum, vel partem tantùm, aut illud impendere in piis operibus? Et si ad alterutrum teneatur, numquid ex stricta justitia, vel ex consilio tantùm? N. B. hæc meretrix, restitutione factâ, non ad summam paupertatem reduceretur.—Resp. S. Pœnitentiaria, maturè expensis expositis, respondendum censuit : Mulier pœnitens non cogenda est, sed hortanda, ut pretium meretricium, juxta prudentis confessarii judicium, eroget in pios usus. » Hæc decisio dari potuit vel ex communiori theologorum opinione circa contractus de re turpi, vel ex legum peculiari dispositione circa meretrices. Unde ex ea solvi nequit quæstio generalis.

208. V° *De effectu conditionis* Contrariæ substantiæ contractus.—Circa hujusmodi conditiones in matrimonio appositas, adest decisio Gregorii ix, illud irritum declarantis. Vid. *de Matrimonio* (n° 12). A fortiori idem locum habet in aliis contractibus. Et revera irritus est contractus in quo non adest consensus : atqui... Cùm enim contractus non possit existere sinè sua substantia, qui apponit hujusmodi conditionem simul vult contractum, et non vult; duæ voluntates sese mutuò elidunt.

Attamen 1° illa decisio locum non habet nisi quando voluntas eodem actu et sub eodem respectu apprehendit et conditionem et contractum, ita ut contractum non velit nisi dependenter a conditione; si enim hæc duo non ita conjungantur, non se elidunt voluntates. 2° Aliquando hæc conditio mutat solummodo contractum in contractum alterius speciei, ne scilicet voluntas omni effectu careat. Sed ad hoc requiritur 1. ut contrahentes reipsa voluerint novum illum contractum; 2. ut ea voluntas satis apertè manifestetur; quia requiritur consensus exterior, ut etiam proba-

vimus; 3. ut adsit alius contractus in quem reipsa resolvatur illud quod intenderunt contrahentes.

209. VI° *De effectibus conditionis* TACITÆ. — Duo statuunt jurisperiti. — 1° Conditiones tacitæ quæ oriuntur vel a legum dispositione, vel a natura contractûs, non suspendunt actum si non exprimantur, vel si exprimantur eodem sensu quem in jure habent. Sed aliquando, ne verba contrahentium pro inutilibus habeantur, præsumitur intendi sensum diversum. Sic si in legato apponatur ista conditio, *Si legatarius voluerit*, supponitur testatorem voluisse ut legatum penderet a declaratione voluntatis legatarii, qui si antea moriatur, corruet legatum: dum ubi non exprimitur conditio, licèt semper subintelligatur, legatum acquiretur legatario ante acceptationem, adeò ut ad illius hæredes transeat.

2° Conditiones tacitæ quæ ortum habent a voluntate præsumpta contrahentium, eum effectum producunt quem intendunt contrahentes; unde aliquando suspendunt, aliquando resolvunt obligationem contractûs. Sed observant jurisperiti non esse nimis facilè supponendas hujusmodi conditiones.

210. VII° *De effectu conditionis* RESOLUTORIÆ.— Conditio resolutoria alia est expressa, de qua convenit inter contrahentes; alia tacita, quæ locum habet in contractibus bilateralibus, in quibus, si una pars non impleat id ad quod tenetur, contractus resolvitur ex art. 1184; item in donationibus juxta art. 953, quia nempe cùm supponantur adesse onera a donatario acceptata, jam est contractus aliquo sensu bilateralis, ideoque huic applicari potest principium articuli 1184. Effectus conditionis resolutoriæ considerari possunt ante eventum, post eventum, et quando deficit.

I. *Ante eventum.* Contractus est revera perfectus: illa enim conditio non suspendit contractum, sed tantùm illius resolutionem. Unde interim currit tempus pro præscriptione, vel in gratiam possessoris, vel in gratiam illius ad quem res redire potest per effectum conditionis.

II. *Conditione impletâ*, revocatur obligatio, et res reponuntur in eodem statu ac si nunquam exstitisset; art. 1183. Illa resolutio non fit pleno jure quando agitur de conditione tacita; art. 1184, et 956 quoad donationes: secùs verò dicendum putant jurisperiti, quando agitur de conditione expressa, nisi tamen fortè consistat in facto pro

cujus æstimatione recurri debeat ad judicem. In foro conscientiæ præcipuè attendendum erit ad contrahentium intentionem, quæ vim suam servare debet etiam absque sententia judicis.

III. *Conditione deficiente*, censetur contractus ab initio fuisse perfectus et purè simpliciter initus, et fit quoad futurum irrevocabilis, ut patet.

211. Hinc 1° si *res pereat*, distinguendum est. Si non eveniat conditio, perit emptori, vel donatario, cùm contractus non resolvatur. Si pereat post eventum conditionis, perit pro donatore, vel venditore, etc., et iste tenetur pretium restituere : cùm enim resolutus contractus censeatur non exstitisse, nullum titulum habet retinendi pretii. Si pereat ante eventum, et postea eveniat conditio, docet DELVINCOURT perire emptori, quia est verè dominus. Sed juxta alios, interitum patietur venditor, quia censetur contractus non exstitisse, et proinde censetur emptor non fuisse dominus; illi igitur pretium restituendum erit.

Hinc 2° *onera* quæ potuerunt rei annecti, per eventum conditionis evanescunt ; quod exprimitur per illud axioma : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Illud sequitur ex principio generali, et in Codice civili speciatim applicatur donationi art. 954, venditioni art. 1664, cum quadam tamen restrictione expressa art. 1673, quoad locationes bonâ fide initas.

Hinc 3° impletâ conditione *fructus* perceptos restituere tenetur emptor; ita pluries judicarunt variæ curiæ regiæ : eadem est semper ratio, quòd nempe res reponantur in eodem statu ac si contractus non exstitisset ; emptor fuit quidem possessor bonæ fidei, sed nonnisi precarius erga venditorem. Si tamen solverit pretium, locus erit cuidam compensationi, quia æquum non est ut alteruter simul habeat pretium et fructus. Insuper sunt varii casus in quibus fructus non debentur nisi a die resolutionis (art. 856 de collatione, et 928 de reductione donationis), vel etiam nonnisi a die petitionis (art. 958, 962 de revocatione donationis ob ingratitudinem vel supervenientiam filiorum, et 1682 de rescissione venditionis) : rationes harum dispo-

sitionum postea exponemus (n[is] 305, 341, 342, et 386). Cæterùm cùm hæc omnia multùm pendeant a voluntate contrahentium, ratio habenda est eorum intentionis.

§ 3. *De conditionum implemento.*

212. Exponendum hìc habemus, quomodo possint et debeant conditiones impleri, et quandonam impletæ censendæ sint. Principium generale est, respiciendum esse ante omnia ad voluntatem verisimilem partium. Ita Codex civilis, art. 1175 : quia tota vis contractûs seu dispositionis ab ea voluntate oritur.

213. Hinc solvi possunt variæ quæstiones. — I. *Utrùm conditio possit impleri ab hæredibus illius cui fuit imposita ?* — Si agatur de testamentis, non potest ; quia, ut vidimus (n° 190), corruit legatum, si legatarius moriatur ante eventum conditionis. Si verò agatur de contractibus, potest, quotiescumque non obstat voluntas antecedens alterius partis : quia, ut etiam vidimus *ibid.*, jus speratum creditoris transit ad illius hæredes. Unde *si* conditio sit de dando, ut loquuntur auctores, possunt eam implere hæredes ; si verò sit de faciendo, inspiciendum erit an agatur de facto personali, seu an alterius intersit, necne, ut a tali potiùs quàm ab altera persona ponatur.

214. II. *Utrùm possit impleri conditio erga hæredes illius in cujus gratiam fuerat apposita ?* — Eodem modo ac in quæstione præcedenti distinguendum est. In testamentis, non potest, quia conditio illa est veluti legatum conditionatum in gratiam illius personæ, quod proinde ex eodem principio non transit ad hæredes. Secùs in contractibus, in quibus censetur stipulatio facta pro hæredibus.

215. III. *Utrùm adimpletio conditionis possit dividi ?* — 1° Si plures conditiones appositæ fuerint, vel sunt appositæ disjunctivè, et tunc sufficit ut una impleatur : vel conjunctivè, et tunc utraque implenda est, quia unius loco habentur. 2° Si adsit unica conditio, sed cujus objectum ex natura sua sit divisibile, nihilominus illius adimpletio est indivisibilis. Hæc est regula generalis juris Romani, quæ semper viguit in Gallia, ait TOULLIER.

216. IV. *Quonam tempore debeat impleri conditio, et quandonam censeatur defecisse ?* — 1° *Si tempus sit præfixum*, distinguendum est inter conditionem positivam, et negativam. Conditio *positiva* impleta censetur quando casus expressus revera advenit : ex tunc obligatio fit absoluta ; et talis permanet, etsi res ad priorem statum redeant, quod sic exprimunt doctores : *Conditio semel impleta non resumitur.* Semel autem transacto tempore, si casus non evenerit, conditio censetur defecisse ; art. 1176 : evanescit obligatio, nec postea reviviscit, juxta aliud axioma : *Conditio quæ defecit non restauratur.* Unicam huic principio exceptionem statuit art. 1178, quando nempe debitor adimpletionem impedivit : conditio censetur impleta, quia æquum non est ut factum debitoris creditori noceat. Conditio *negativa* censetur impleta, quando præfixo tempore non evenit casus, vel quando antea constat casum non eventurum ; art. 1177. Sed observandum est, si

terminus appositus fuerit non solùm conditioni, sed etiam dispositioni, non posse exigi hujus exsecutionem ante tempus præfixum.

2° Quando *tempus non fuit præfixum*, conditio potest semper impleri, et non censetur defecisse nisi quando constat rem non eventuram esse; art. 1176. Conditio autem negativa non censetur impleta, nisi quando constat rem non eventuram; art. 1177.

Art. 2. *De obligationibus quæ dicuntur* AD DIEM, AD CAUSAM, AD DEMONSTRATIONEM, *et* AD MODUM.

217. Variæ illæ obligationes non modicam inter se, et cum conditione affinitatem habent. De his pauca sufficiant.

1° *De obligatione* AD DIEM. Illa est cujus implendæ tempus assignatum est, et gallicè dicitur *à terme*. In hoc differt terminus a conditione, juxta art. 1185, quòd non suspendat obligationem, sed tantùm illius exsecutionem : uude valde attendendum est, ratione habitâ intentionis partium quæ ex earum verbis et ex circumstantiis colligi potest, an adsit conditio, an terminus.

Terminus est vel *determinatus*, quando præfixus est dies certò eventurus ; vel *indeterminatus*, quando incertum est, vel an unquam exstiturus sit, et tunc plerumque efformat conditionem, vel solùm quandonam, ut si agatur de morte alicujus, et tunc efformat conditionem in testamentis, ut jam diximus (n° 190), non verò in contractibus. Est *expressus*, quando in conventione continetur; *tacitus*, quando stipulatio ex re ipsa dilationem capit. Est vel *juris*, quando in conventione expressè aut tacitè continetur; vel *favoris*, gallicè *de grâce*, quando dilatio per favorem debitori conceditur invito creditore. Olim concedebatur a Rege, per litteras quæ dicebantur *lettres d'Etat*, *lettres de Répit*. Hodie, ex art. 1244, aliquando concedi potest a judicibus dilatio moderata, cum magna tamen cautione. Sed observandum est, 1. hanc facultatem non extendi in materia commercii ad illud obligationum genus quæ dicuntur *Lettres de change*, vel *Billets à ordre ;* art. 157, 187 Codicis commercii; 2. eam non competere judicibus, nisi quando adest aliqua lis dirimenda ; 3. demum non tribui, quando in contractu apposita fuit conventio contraria.

Quandonam verò censeatur *elapsus* terminus, Vid. Cod. commercii, art. 129 et seq.

218. His præmissis, hi sunt *effectus* termini. — 1° *Creditor*, licèt jus habeat ad solutionem, non potest illam exigere : talis est sensus axiomatis: *Qui a terme, ne doit rien*. Sed potest varias cautiones adhibere ut elapso tempore juri suo satisfiat : acquirit etiam jus exigendi ante terminum, 1. si debitor bonis cedat (*fait faillite*), art. 1188 Cod. civ. et 444 Cod. comm.; 2. si per factum suum minuat cautiones creditori datas, art. 1188 Cod. civ.; 3. si obtinuit a judice dilationem et divisionem solutionis, et primo termino non satisfaciat, amittit favorem quoad alios terminos.

2° *Debitor* potest solvere ante terminum, quando terminus nonnisi in illius favorem constitutus est, quia potest juri suo renuntiare ; secùs,

si etiam in favorem creditoris. Censetur autem vulgò constitutus in favorem tantùm debitoris, nisi contrarium colligatur vel ex conventione expressa, vel ex circumstantiis; art. 1187. In materia commercii, censetur in favorem utriusque; art. 146 Cod. commercii.

219. II° *De obligatione* AD CAUSAM. Illa est cujus causa in contractu exprimitur. Talis contractus nullus est, si causa primaria et principalis ob quam initur non subsistat; validus est, si deficiat tantùm causa secundaria, seu tantummodo impulsiva : quia in priori casu excluditur consensus, non verò in posteriori. Sic, v. g., do eleemosynam alicui quia est pauper; si reipsa non sit, irrita erit donatio, quia hæc est causa finalis et primaria : si verò dem pauperi quia pius est, censetur ordinariè causa tantùm secundaria. Ita communiter theologi.

Observandum est, in foro externo, quando agitur de donationibus vel testamentis, ea non haberi pro irritis, licèt causa expressa sit falsa : unde magnum reponunt discrimen jurisperiti inter causam, et conditionem. Agnoscunt tamen rationem habendam esse præsertim voluntatis quam habuit donator aut testator : quod a fortiori verum est pro foro interno.

220. III° *De obligatione* AD DEMONSTRATIONEM. Illa est quæ oritur ex contractu in quo adjiciuntur quædam verba, rei vel personæ designandæ gratiâ. Quando falsa reperiuntur, videndum est an fuerint adhibita taxationis, an demonstrationis causâ, ut loquuntur auctores, id est, an ad restringendum id quod datur, an verò solummodo ad illud designandum : quando adhibentur *demonstrativè* tantùm, quod dicitur *Assignat démonstratif*, falsitas non vitiat actum, modò constet de qua re vel persona sermo fuerit; quando adhibentur *taxativè*, quod dicitur *Assignat limitatif*, vitiatur actus.

Tota difficultas est in uno casu ab altero distinguendo. Variæ a jurisperitis vulgò afferuntur regulæ, sed quæ aliquando falsæ reperiuntur, et quarum plerumque difficilior est applicatio. Unde semper inspiciendæ sunt variæ circumstantiæ, ut disponentis intentio colligatur; in dubio, censent jurisperiti expressionem habendam esse ut demonstrationis gratiâ factam.

221. IV° *De obligatione* AD MODUM. Per modum intelligitur gravamen aliquod dispositioni adjectum, in tempus futurum ab altero præstandum : v. g., si quis tale prædium donet aut vendat, sed cum obligatione ut celebrentur tot missæ. Contractus hujusmodi eatenus valet quatenus gravatus acceptat modum, quia promissor non dat absolutè suum consensum, sed si compars in gravamen consenserit. Semel autem positâ acceptatione, statim valet contractus, nec suspenditur, donec impleatur modus : in quo differt a conditione. Ille autem cui modus imponitur obligatur stricto jure servare modum; et si per culpam suam non servet, tenetur ad restituendum quanti interest modum servari; atque ad eum servandum cogi potest a judice.

Sed difficultas est an, modo non servato, contractus aut actus corruat— ? Illud pendere potest a voluntate contrahentium. Sed ex jure civili videtur locum esse revocandi aut rescindendi contractum. Certè quando art. 953 Cod. civilis statuit donationem revocari posse propter

inexsecutionem conditionum, id intelligendum est de modo : nam, ut observat Duranton, non agitur de conditione suspensiva, cujus defectus non operatur revocationem donationis, sed impedit ne donatio unquam exstiterit ; neque etiam de conditione resolutoria propriè dicta, quia non illius inexsecutio, sed potiùs executio revocationem operaretur : agitur ergo de donatione facta sub modo. Et hæc est jurisperitorum doctrina.

Art. 3. *De obligationibus alternativis.*

222. Obligatio alternativa ea est quâ quis duo aut plura dare vel facere tenetur, ita tamen ut unius solutione ab omnibus liberetur; art. 1189 : v. g., tibi debeo equum vel bovem. Igitur objectum obligationis est aliquid indeterminatum, donec facta fuerit electio ab eo ad quem eligere pertinet : una res non debetur nisi posito quòd non detur altera.

Electio rei solvendæ pertinet ad debitorem, nisi creditori expressè data fuerit; art. 1190 : quia nempe ex art. 1162 interpretatio fit contra creditorem. Potest igitur debitor se liberare solvendo rem alterutram ; sed non potest solvere partim ex una re, partim ex altera, art. 1191 : sic non satisfaceret suæ obligationi. Si autem electio fuerit facta, et a creditore acceptata, jam obligatio efficitur determinata, nec ampliùs datur locus variationi, quemadmodum dabatur ante acceptationem creditoris.

223. Hinc 1° si quædam ex rebus quæ sunt sub alternativa non possit esse objectum contractûs, non ideo irrita est obligatio ; valet quoad eas quæ habent dotes requisitas, et si una tantùm supersit, est pura et simplex ; art. 1192 Cod. civ. 2° Si una res pereat, obligatio transit in puram et simplicem quoad rem quæ superest : non liberatur debitor, nec offerre potest pretium rei quæ periit; art. 1193. Res utraque ad illum pertinebat, ac proinde ipsi periit. Non potest pariter creditor, etiamsi habeat jus eligendi, exigere pretium rei quæ periit; art. 1194. Si verò ambæ res pereant casu fortuito, debitor liberatur ; art. 1195 : tunc certum est periisse objectum obligationis, ac proinde applicandum est principium generale articuli 1302, ex quo debitor liberatur interitu rei.

224. Observandum est accuratè distinguendam esse ab obligatione alternativa obligationem quæ dicitur *facultativa*, in qua debetur quidem res determinata, sed cum facultate debitori concessa alteram ejus loco solvendi. Hæc ultima res non est objectum obligationis, sed tantùm *in facultate solutionis*, ut loquuntur auctores. Lego, v. g., Paulo meam domum, nisi malit hæres ipsi dare mille nummos; hæc obligatio in pluribus differt ab alternativa: 1° creditor non potest repetere nisi domum, non verò mille nummos; 2° si domus casu fortuito pereat, omnino liberatur debitor, nec debet summam pecuniæ.

Art. 4. *De obligationibus in solidum.*

225. Aliquando in contractibus concurrunt vel plures creditores, vel plures debitores, ex art. 1101. Quando potest quilibet e creditoribus totam summam exigere, vel quilibet debitor cogi ad totam summam solvendam, tunc obligatio dicitur esse *in solidum*, gallicè *solidaire*. Hinc solidaritas potest reperiri vel inter creditores, vel inter debitores: prior vix unquam occurrit.

I° *De solidaritate* INTER CREDITORES. Ii sunt effectus hujus solidaritatis.— 1° Quilibet e creditoribus potest a debitore totum debitum exigere, ita tamen ut debitor uni eorum solvens, erga omnes liberetur. Ita art. 1197. — 2°. Debitor potest pro suo arbitrio uni e creditoribus solvere totum debitum, dummodo alius ex illis jam agere non inceperit. Ita art. 1199. — 3° Omnes actus eliciti ab uno e creditoribus ad interrumpendam præscriptionem, cæteris creditoribus prosunt; art. 1199. Si unus sit e creditoribus contra quem currere non potuerit præscriptio, illæsa servabuntur cæterorum jura; art. 710.

226. II° *De solidaritate inter* DEBITORES. Plura statuit Codex civilis, art. 1200 et seq. Hæc sufficiant ad scopum nostrum.— 1° Creditor potest adversùs quemlibet e debitoribus solidaribus agere, imò et contra omnes simul vel successivè, donec integrum debitum recuperaverit: nec ullus debitor potest ei opponere beneficium divisionis, id est, offerre suam partem, et quoad cæteras ad alios debitores remittere; art. 1203, 1204 : quilibet debet *totum* et *totaliter*, aiunt jurisperiti.— 2° Si res pereat per culpam unius e debitoribus, aut dum erat in mora, non liberantur alii ab obli-

gatione solvendi pretium; sed non teuentur ad compensationem damnorum quæ ex rei interitu patitur creditor; art. 1205: culpa unius non debet minuere nec extendere obligationes aliorum. — 3° Si creditor jus suum prosequatur erga unum e debitoribus, præscriptio interrumpitur quoad omnes; art. 1206. — 4° Si unus e debitoribus solverit, eo ipso liberantur alii erga creditorem; art 1200: sequitur evidenter ex natura solidaritatis. Sed ille qui solvit recursum habet erga alios debitores: et quidem isto modo. Ex art. 1213 et 1214, si unus e debitoribus sit solvendi incapax, damnum exinde ortum dividitur inter eum qui solvit, et alios co-debitores: sed extra hunc casum, ille qui solvit non potest in solidum agere adversùs alios, sed tenetur actionem suam dividere, ita ut cujusque quotam partem recipiat; quia nempe, inquit *Theolog. Tolosan.*, co-debitores non teuentur *in solidum* erga se invicem, sed tantùm *viriliter*, id est, pro rata parte uniuscujusque ex illis: ita statutum fuit ad vitandum circuitum actionum, ut explicat Pothier. Ita satis apertè art. 875 et 1214; et est doctrina communis jurisperitorum. Porrò cùm illæ dispositiones latæ sint pro obligationibus quæ oriuntur ex contractibus, et contractus censeantur initi in sensu legum, nihil obstat quin in foro conscientiæ vim habere agnoscantur. Sed aliud dicendum putamus quoad obligationes ex delicto. Non negamus eum qui integrum debitum solvit debere recursum suum exercere adversùs singulos co-debitores, si fieri possit: sed si unum tantùm adire possit, vel ab uno tantùm solutionem obtinere, iste non satisfaciet solvendo suam partem, sed tenebitur subire partem damni quod oritur ex eo quòd cæteri non solvant, prout exposuimus in Tr. *de Justitia* (n° 397).

Art. 5. *De obligationibus dividuis et individuis.*

227. Illa distinctio vix ullum usum habet quamdiu vivunt creditor et debitor; tunc enim obligatio, licèt in se divisibilis, non potest per partes impleri: art. 1220. Sed quando alteruter moritur, ex regula antiquissima debita sive activa, sive passiva, pleno jure inter hæredes dividuntur: cùm tamen illud locum habere nequeat nisi quatenus debitum est divisibile, hinc orta distinctio de qua nunc agimus, quam

valde intricatam agnoscunt jurisperiti, et de qua nobis sufficient quædam principia.

Obligatio est divisibilis, quando pro objecto habet rem quæ in sui traditione, vel factum quod in exsecutione capax est vel divisionis materialis, v. g., talis mensura tritici aut vini, etc., vel divisionis quæ dicitur intellectualis, quæ locum habet quando res, licèt in se indivisibilis, potest tamen a pluribus possideri per partes indivisas, v. g., equus, qui si ad quatuor pertineat, jus uniuscujusque potest separatim pretio proportionato æstimari. Obligatio autem est indivisibilis, vel ex natura sua, quando divisionis nec materialis nec intellectualis capax est, v. g., jus servitutis quo quis potest per talem agrum transire; vel ex intentione contrahentium, quando objectum, licèt in se divisibile, ita apprehenditur ut capax non sit exsecutionis partialis, v. g., obligatio domum ædificandi, tradendi agrum in quo domus ædificanda est, etc. Illæ definitiones colliguntur ex art. 1217, 1218.

His præmissis, I. quoad *obligationem divisibilem*, principium generale est, hæredes creditoris non posse repetere, et hæredes debitoris non teneri solvere nisi partem proportionatam parti quam obtinent in hæreditate; art. 1220. Id exposuimus ubi *de Successionibus*, in Tr. *de Justitia*. Adsunt quædam exceptiones art. 1221 expressæ.

II. Quoad *obligationem indivisibilem*, si quæstio spectetur *ex parte debitorum*, quilibet ex iis qui tale debitum contraxerunt, et quilibet ex eorum hæredibus tenetur ad totam summam solvendam, etiamsi obligatio non esset in solidum; ita art. 1222, 1223. Si autem spectetur ex *parte creditorum*, potest quilibet creditor et quilibet ex illius hæredibus exigere totum debitum : sed non potest condonationem facere, vel recipere pretium rei debitæ; art. 1224. Ratio est, quia rem repetendo non nocet aliis creditoribus, qui poterunt, quemadmodum et ille, re frui; si verò condonet, vel pretium accipiat, ampliùs frui non poterunt.

Art. 6. *De obligationibus cum clausula pœnali.*

228. Clausula pœnalis ea est quæ obligationi adjicitur in pœnam omissæ vel dilatæ exsecutionis : ita deducitur ex art. 1226, 1229. Quando apponitur, inde fit ut existat quasi duplex obligatio; altera principalis et absoluta, altera accessoria et conditionata.

Duplici ex causa apponitur hæc clausula : vel ad determinandam compensationem quæ debebitur ob inexsecutionem contractûs, prout jam suprà exposuimus (n° 183); vel ad sanctionem ponendam obligationi principali. Sub isto respectu, advertendum est triplicis generis esse obligationes : aliæ vim perfectam habent coram lege; in his clausula censetur addita pro compensatione damnorum, juxta art. 1229 : aliæ reprobantur a lege; in his irrita erit clausula pœnalis, ex art. 1227, quia censetur contractus sub conditione legi contrariâ : aliæ demum non reprobantur a lege, et tamen non producunt actionem, v. g., promissio facti alieni; in his valet clausula pœnalis, ut diximus (n° 125), et sic quodammodo supplet vim contractûs.

His præmissis, tria satis erit observare. — 1° Pœna non incurritur,

nisi quando debitor est in mora; art. 1230. Vid. suprà (n° 178).

2° Quando debitor est in mora, potest creditor, neglectâ pœnali clausulâ, exigere executionem obligationis primariæ; art. 1228. Clausula enim pœnalis apposita est ad sanciendam executionem obligationis principalis, non ad eam perimendam: potest igitur creditor eligere. Sed utrumque simul petere nequit, nisi pœna stipulata fuerit propter meram dilationem; art. 1229. Ratio est, quia generatim pœna vicem obtinet obligationis primariæ; igitur utrumque simul adimpleri non debet: sed quando clausula pœnalis fuit apposita propter meram dilationem, damnum compensari debet, etsi postea impleatur obligatio primaria.

3° Quando obligatio primaria est rei indivisibilis, pœna incurritur si vel unus ex hæredibus debitoris illam transgrediatur; potest creditor pœnam integram exigere a transgressore, vel recurrere ad alios hæredes pro uniuscujusque parte: quando verò est rei divisibilis, pœna non incurritur nisi ab illo hærede qui transgreditur; et pro sua parte tantùm, nisi scopus clausulæ fuerit impedire ne solutio fieri posset per partes. Ita art. 1232 et 1233.

Art. 7. *De obligationibus quibus accedit juramentum.*

229. Duplici modo, juxta theologos, potest juramentum contractui accedere: vel ad asserendam sinceritatem in promittendo, et tunc dicitur assertorium; vel ad asserendam fidelitatem in exsequendo, et dicitur promissorium. De posteriori hic agimus; et quæstio est quid operetur, quando contractui adjicitur. Quæ ut solvatur, duplex respectus distinguendus est: an validum sit juramentum; an contractus ex eo confirmetur. Sub priori respectu, exsurgit tantùm obligatio religionis erga Deum; sub posteriori verò, obligatio justitiæ erga alteram partem: quæ duo inter se differunt triplici præsertim ex capite. 1. Obligatio religionis evanescit obtentâ juramenti dispensatione, quam concedere pertinet ad auctoritatem ecclesiasticam: obligatio verò justitiæ tolli nequit nisi ad summum vi alti dominii, quod soli auctoritati civili competit. 2. Obligatio justitiæ transit ad hæredes (vid. n° 158): obligatio verò religionis est merè personalis et soli personæ jurantis annexa, ex doctrina communi theologorum. 3. Obligatio religionis non impedit quominus solutum repeti possit; secùs verò obligatio justitiæ. De hoc fusiùs infrà (n° 234).

230. His prænotatis, vel juramentum accedit contractui valido, vel invalido, vel rescindibili.

I° De contractu valido. — Quando huic juramentum accedit, duplex adest obligatio, adeòque si infringatur, duplex aderit peccatum. De quo observandum, 1. non posse tunc absolutè obtineri relaxationem juramenti, prout advertit Habert; quia juramentum relaxari non potest in detrimentum tertii : 2. obligationem juramenti non latiùs extendi quàm obligationem contractûs; unde hâc cessante, cessat et illa : ex voluntate partium hæc sunt duo invicem connexa.

231. II° De contractu invalido. — 1° Si nullitas sit *ex jure naturali*, contractus non firmatur; nec valet juramentum. Nam si nullitas contractûs oriatur ex parte materiæ, quia est illicita, juramentum non potest esse vinculum iniquitatis, ut sæpe declaratur in jure canonico, et ipsamet ratio dictat : idem evidenter dicendum, si materia sit impossibilis. Si nullitas oriatur ex defectu consensûs, seu ex errore vel dolo circa substantiam, aut ex metu tollente consensum, nullum adest juramento fundamentum ; huic, sicut contractui, deest consensus substantialis.

2° Si nullitas oriatur *ex jure positivo*, et lata sit *ex motivò boni publici*, juramentum nullam inducit obligationem, quando exsecutio contractûs esset contra bonum commune; non potest enim esse vinculum iniquitatis. Extra hunc casum, non producit obligationem justitiæ : legislator enim potest et meritò præsumitur velle ut cuilibet non liberum et facile sit nullitatem eludere; atqui nihil facilius esset, si sufficeret juramentum adjicere. An autem producat obligationem religionis, non ita constat. Non produci supponunt auctores, et sic probari potest. Quando lata est lex irritans, legislator judicavit contrarium esse bono publico ut talis actus fieret, et ex eo aliqua exsurgeret obligatio : jam verò quomodo concipi potest Deum sancire ut nihilominus aliqua exsurgat ? Vellet igitur detrimentum boni publici; quod repugnat. — Hæc tamen difficilè conciliari posse videntur, 1. cum eo principio juris canonici et auctorum omnium, quòd juramentum sit servandum quotiescumque absque peccato servari potest; 2. cum iis quæ vulgò statuuntur circa casum in quo juramentum accessit

contractui ex injusto metu inito; de quo infrà. Unde assertio circa obligationem religionis restringenda est ad casum quo ipsamet executio contractûs esset contra bonum publicum. Si autem nullitas lata sit *ex motivo boni privati*, tunc applicantur quæ dicturi sumus de contractu rescindibili.

232. III° De contractu rescindibili. — Duplici ex causa contractus potest esse rescindibilis, vel ex mera dispositione juris, nempe ob nullitatem relativam, vel ob injuriam ab uno e contrahentibus alteri illatam.

I. Si sit rescindibilis *ex mera dispositione juris*, satis communiter agnoscunt theologi ex juramento oriri obligationem religionis, quia absque peccato servari potest. Sed inter eos controvertitur an contractus inde validus efficiatur, ita ut exsurgat obligatio justitiæ. Multi id affirmant, tum ex dispositionibus juris sive canonici, sive Romani, in quibus dicitur tales contractus *juramento firmari*, tum ex ratione: ex una parte, finis legum irritantium de quibus hic agimus est succurrere levitati, debilitati, vel imprudentiæ quarumdam personarum; porrò adjecto juramento cessat ille finis, quia nemo temerariè et sinè matura deliberatione ad juramentum procedere præsumitur: ex altera parte, illi in quorum gratiam lex lata est possunt huic renuntiare, modò lex id non prohibeat; positâ autem hâc renuntiatione quæ fit per juramentum, perinde est ac si non esset jus positivum, ideoque valet contractus. Alii tamen non pauci id negant: illudque apud nos omnino admittendum putamus. Etenim ut validus fieret contractus, requireretur ut legislator, posito juramento, auferret vim suæ legis seu revocaret impedimentum quo tollebatur contractûs firmitas: id admittunt auctores primæ opinionis; et satis per se constat, quia alioquin ex jure non minùs irrita est renuntiatio quàm ipsemet contractus, quia ad utrumque requiritur eadem capacitas. Porrò ita non agit legislator: certum est enim hodie apud nos juramentum nullam vim conferre contractui coram lege.

233. II. Si contractus sit rescindibilis *ob injuriam ab uno e contrahentibus alteri illatam*, non firmatur per jura-

mentum, id est, non exsurgit obligatio justitiæ, sed servandum est ex virtute religionis.

Prob. 1ª *pars :* tum ex jure, quod talium contractuum firmitati resistit : tum ex ratione ; quia ille qui injuriam intulit, tenetur ex jure naturali eam resarcire, et restituere alium in priorem statum et libertatem : nec potest, ait de Lugo, acquirere jus justitiæ ad id quod ex justitia tenetur non accipere et acceptum restituere.

Prob. 2ª *pars.* 1° Ex *jure canonico,* in quo ita apertè declaratur ab Alexandro III, cap. *Si verò aliquis :* « Non » est tutum, inquit, quemlibet contra suum juramentum » venire, nisi tale sit quod servatum vergat in interitum » salutis æternæ. » Ita etiam Cœlestinus III, cap. *Verùm.* 2° *Ex ratione.* Exigit reverentia Deo debita, ut nomen ejus non adhibeatur in vanum, et ut non adducatur in testimonium falsitatis ; hæc autem reverentia prævalet incommodo quod ex executione patitur contrahens.

Non desunt qui aliud putent, et quidem ob rationes non spernendas. Attamen existimamus non recedendum a sententia communi : illudque postulat bonum ipsiusmet promittentis, quia, si semel receptum esset invalidum esse juramentum, non posset invasus, v. g., a latrone eo medio se morti subtrahere, quia huic non fideret latro, et sæpe invasum interficeret.

234. Ex his sequitur juramentum adjectum contractui rescindibili nullum jus conferre creditori, qui proinde tenetur restituere quod accepit, præsertim si injuriam intulerit ; nullum enim illud retinendi titulum habet.

Sed quæstio remanet, quid agere possit ille qui juramentum præstitit ? — 1° Potest dispensationem a juramento expostulare : praxis est Ecclesiæ Romanæ eam in tali casu concedere. Si tamen jurasset se non petiturum, videtur, quamvis non omnes consentiant, eum non posse petere ; quia hoc secundum juramentum servari potest absque peccato : sed Ecclesia non amittit jus concedendæ dispensationis ; unde si eam concederet quin fuisset petita, jurans eâ utendo non violaret juramentum. — 2° Si solverit, docent communiter theologi eum posse summam solutam

repetere : quia, cùm ille qui accepit teneatur ex omnium confesso restituere, inde sequitur alterum habere jus repetendi, cùm jus et obligatio sint duo correlata; et factâ solutione, jam satisfactum est juramento, nec violatur reverentia divino nomini debita eo quòd ille cui injuria fuit illata reparationem illius urgeat. Quidam tamen post GROTIUM aliud sentiunt : quia verba juramenti quoad Deum sunt simplicissimè et cum effectu accipienda, non de momentanea tantùm traditione, ne promissio sit prorsus illusoria : unde quemadmodum obligat religio ad solvendum, licèt alter injustitiam committat accipiendo, ita erit obligatio non repetendi, licèt acceptum teneatur reddere. Illud est satis probabile. Cæterùm solutio quæstionis multùm pendet ab intentione quâ postulatum et præstitum fuit juramentum : et quæcumque anteponatur opinio, cùm ex dictis admittendum videatur recurri posse ad dispensationem, non erit in praxi magna difficultas.

CAPUT III.

DE PRÆCIPUIS MODIS QUIBUS EXSTINGUUNTUR OBLIGATIONES.

235. Præcipuos modos quibus exstinguuntur obligationes enumerat Codex civilis, art. 1234. Ibi recenset conditionem resolutoriam, et præscriptionem, de quibus alibi agit, et nos pariter egimus; item nullitatem seu rescissionem, quâ non præcisè exstinguitur obligatio, et de qua etiam diximus. Unde nobis agendum superest 1° de solutione ; 2° de novatione ; 3° de condonatione; 4° de compensatione ; 5° de confusione ; 6° de interitu rei. In his multa occurrunt ad forum civile potissimùm spectantia, quibus idcirco diutiùs non immorabimur.

Inter eos modos non recenset Codex civilis novum contrahentium consensum, quemadmodum recensebatur in jure Romano. Nihilominus viget ille modus ; sed longè minoris usûs esse potest ac erat sub jure veteri. Scilicet cùm hodie dominium vi solius conventionis transferatur, consensus contrarius non præcisè dissolvet contractum ,

sed novum efformabit. Igitur non valebit ille modus nisi in conventionibus quæ mero consensu non perficiuntur, v. g., quoad obligationes aliquid faciendi, vel dandi res indeterminatas : tunc applicari potest art. 1134.

Art. 1. *De solutione.*

236. Solutio aliquando juxta significationem etymologicam sumitur pro omni liberatione quocumque modo factâ : hic verò eam sumimus pro præstatione rei debitæ quæcumque sit, sive pecunia, sive alia res, sive etiam factum : *Solvere dicimus eum qui facit quod facere promisit*, ut fert jus Romanum. Exponendum habemus, 1° a quo fieri possit solutio; 2° cui facienda sit; 3° quomodo facienda sit; 4° quo tempore et loco : postea, Codicem civilem secuti, agemus 5° de solutione cum subrogatione; 6° de imputatione solutionum; 7° de cessione bonorum.

§ 1. *A quo fieri possit solutio.*

237. Satis per se apertum est a debitore faciendam esse regulariter solutionem. Verùm ex art. 1236, fieri potest etiam ab iis omnibus quorum interest, v. g., a co-debitore vel fidejussore, ab eo qui acquisivit bonum hypothecâ gravatum, etc. : imò fieri potest a quocumque alio; nec potest creditor denegare, nisi agatur de re facienda quam ab ipso debitore fieri intersit, juxta art. 1237 : modò enim recipiat quod ipsi debetur, nihil ultrà exigere potest. Qui autem sic solvit, recursum habet erga debitorem tanquam *negotiorum gestor*, et ipsi applicatur art. 1375.

A quocumque fiat solutio, requirit art. 1238 ut habeat rei tradendæ dominium, sitque alienandi capax. Applicatur ea dispositio quando translatio dominii oritura est ex solutione, v. g., si agatur de objecto indeterminato. Sed applicari nequit in aliis casibus, in quibus creditor habet dominium etiam ante solutionem, prout vidimus (n° 160). Hinc licèt solutio facta fuerit ab incapaci, v. g., a minore, uxore, interdicto, etc., non poterit rem solutam repetere : creditor recepit quod suum erat. Hinc pariter si res soluta ab incapaci pereat casu fortuito in manu creditoris, iste

solus hujus damnum patitur. Hinc demum ex ipsomet art. 1238, quando agitur de re fungibili, seu primo usu consumptibili, valet solutio facta etiam a non domino, si creditor eam bonâ fide consumpserit : cùm enim creditor nihil a domino timendum habeat, ei planè satisfactum est. Attamen in foro conscientiæ, si creditor ex re aliena quam accepit in solutionem factus ditior teneatur ad aliquam restitutionem erga dominum (de quo in Tr. *de Justitia*), habebit recursum in debitorem qui eam tradidit, et qui, ut patet, non omnino satisfecit suæ obligationi.

§ 2. *Cui facienda sit solutio.*

238. *Quando unicus est creditor*, nulla est difficultas. Hæc observare sufficiat. — 1° Solutio regulariter fieri potest, non solùm ipsi creditori, sed etiam ei cui creditor, vel lex, vel judex hoc nominatim mandavit : valet etiam solutio facta ei qui nullum jus accipiendi habebat, si creditor eam ratam habuerit, vel si solutio ipsi profuerit ; art. 1239. Imò valet solutio bonâ fide facta ei qui creditum (*la créance*) possidebat, licèt postea evictionem passus fuerit ; art. 1240. — 2° Non valet solutio facta ipsi creditori, si sit incapax accipiendi, nisi res soluta in ejus utilitatem versa sit : art. 1241. Pariter si solutio fiat creditori non obstante oppositione legaliter factâ ab ipsius creditoribus *(au préjudice d'une saisie ou d'une opposition)*, non valet solutio erga illos creditores, qui possunt novam solutionem a debitore exigere, salvo tamen tunc ipsius recursu contra suum creditorem ; art. 1242. — 3° Solutio aliquando fit creditori etiam invito : scilicet vim solutionis habet oblatio realis cum consignatione legali rei vel pecuniæ debitæ quam creditor accipere recusat ; art. 1257. Sed ut ille effectus obtineatur, sedulò observari debent variæ formalitates præscriptæ art. 1258 et seq. Codicis civilis, et art. 812 Codicis judicialis.

239. *Quando plures sunt creditores*, nulla etiam difficultas, si debitor sit par omnibus solvendis. Sed si impar inveniatur, tunc expendendum occurrit, 1° quis ordo in-

ter varios creditores servandus sit; 2° an possit debitor uni præ aliis solvere.

240. I° *Quis* ORDO SERVANDUS *sit* INTER CREDITORES, *quando omnibus satisfacere nequit debitor?*—Quando bona debitoris non sufficiunt omnibus debitis persolvendis, inter omnes creditores juxta debiti proportionem dividi debent, nisi ex eis quidam jus legitimum prælationis habeant. Ita art. 2093 Codicis civilis; et facilè per se intelligitur. Videndum ergo quinam jus prælationis habeant. Porrò illud determinatur præsertim per legem civilem; cujus dispositionibus standum est in foro conscientiæ, ex communi theologorum sententia ; quia non sunt pœnales , nec fundantur in falsa præsumptione, sed sunt directivæ et proprietatis determinativæ , ac proinde in conscientia obligatoriæ , utpote rationabiles et justæ : illudque eò magis verum est , quòd juxta eas initæ censeri debeant conventiones, ut multoties diximus.

Jus prælationis acquiritur sive per privilegium lege concessum, sive per hypothecam ; art. 2094. Et quidem tale est illud jus, ut qui eo gaudent non solùm aliis creditoribus anteponantur , sed et bonum immobile sequi possint in cujuscumque manus transeat , juxta art. 2166. Qui eo jure gaudent dicuntur creditores privilegiati, vel hypothecarii : qui verò non gaudent , dicuntur simpliciter chirographarii , sive aliunde titulum authenticum seu coram notario initum habeant , sive tantùm sub signo privato. Seorsim ergo dicemus de creditoribus privilegiatis , hypothecariis, et chirographariis.

Sed antea observandum est quæstionem non moveri de casu quo debitor rem alienam in specie exstantem apud se habet : tunc enim rei dominus cæteris omnibus anteponendus est, ut exposuimus in Tr. *de Justitia* (n° 407).

241. I. *De creditoribus privilegiatis.*—Privilegium, ex art. 2095, est jus quod ex qualitate causæ confertur uni creditori ut ei præ cæteris creditoribus, etiam hypothecariis, solutio fiat. Ex qua definitione intelligitur, 1. omnia privilegia hodie esse realia, nec ulla admitti personalia;

2. ea per legem solam, non verò per ullam conventionem conferri posse; 3. solutionem faciendam esse creditoribus privilegiatis præ omnibus aliis, etiam hypothecariis, quibus proinde non satisfiet nisi ex eo quod supererit.

Jam verò inter creditores privilegiatos, ex art. 2096, servatur ordo pro natura et qualitate privilegii; unde est axioma apud jurisperitos : *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa.* Si verò concurrant privilegia ejusdem ordinis, seu generis, unicuique solvitur pro rata parte debiti, art. 2097; unde, ut inquiunt quoque jurisperiti, *Privilegiatus contra æquè privilegiatum non utitur privilegio.* Quisnam autem ordo servandus sit, seu quænam privilegia cæteris anteponenda sint, in quibusdam determinat Codex civilis, art. 2101, 2105; sed de aliis omnino silet : unde in assignando illo ordine multùm dissentiunt jurisperiti. Nobis sufficiat observare, 1° inter privilegia, alia afficere omnia bona debitoris, alia verò nonnisi quædam ex ipsis, scilicet vel mobilia tantùm vel tantùm immobilia. Vid. art. 2101, 2105 Cod. civ. 2° In materia commercii exstare dispositiones peculiares, quibus standum est. Vid. art. 191, 549, 550, 574, 78, Cod. commercii per legem 28 maii 1838 reformati.

242. II. *De creditoribus hypothecariis.* — Post creditores privilegiatos, hypothecariis solvi debet ex bonis quæ per hypothecam illis obligantur, servato ordine, non temporis hypothecæ, sed ejus inscriptionis in tabulis conservatoris hypothecarum, exceptis tamen hypothecis legalibus uxorum, minorum, etc., quæ inscriptione non indigent et computantur a die quo constitutæ censentur; art. 2134, 2135. Si plures hypothecæ eodem die fuerint inscriptæ, nullus inter eas ordo servatur, sed creditores jus æquale habent pro rata parte debiti, absque ulla distinctione inter matutinas aut serotinas inscriptiones; art. 2147. Sed hodie pro certo habetur, hypothecam non inscriptam nullum conferre jus prælationis ante creditores merè chirographarios.

243. III. *De creditoribus chirographariis.* Postquam hypothecariis satisfactum est, solutio fit creditoribus com-

munibus seu merè chirographariis : sed quæstio est, an aliquis ordo inter eos servandus sit, an verò unicuique solvendum sit secundùm portionem debiti? De pluribus causis movetur quæstio. — 1° Inter creditores *ex contractu*, et creditores *ex delicto*. Nullum ordinem servandum esse vidimus in Tr. *de Justitia* (n° 409). — 2° Inter creditores *titulo oneroso*, et creditores *titulo gratuito*. Ex communi sententia, priùs solvenda sunt debita titulo oneroso, saltem regulariter loquendo. — 3° Inter debita *certa*, et debita *incerta*. Si agatur de debitis quorum incertus est tantùm creditor, diximus in Tr. *de Justitia* (n° 408), iis regulariter anteponenda non esse debita certa. Sed si agatur de debitis incertis *in se*, quia nempe dubium est an aliquid reipsa debeatur, ex sententia ferè unanimi theologorum, postulat æquitas ut creditor certus præferatur ei cui nihil fortè debetur : et certè tutius est sequi partem quæ certiùs removet ab injustitia seu peccato materiali. — 4° Inter debita *diversi temporis*. Docebant non pauci theologi, præsertim antiqui, præferendos esse creditores antiquiores. Sed id negant omnes juristæ, apud Vogler, n° 439, et plerique hodie theologi. Et revera illud est præcisè discrimen inter debitum hypothecarium, et debitum simplex : et si contrarium fuisset admissum, via pateret fraudibus, cùm sit facile decipere circa veram unius debiti epocham. — 5° Inter creditores *pauperes*, et creditores *divites*. Docebant quidam antiqui præferendos esse pauperes, quia majus damnum patiuntur ex dilatione. Verùm hodie communissimè docent theologi, extra casum extremæ, aut fortè etiam valde gravis necessitatis, non esse creditores pauperes anteponendos ditioribus. Etenim tale privilegium deduci nequit sive ex jure positivo, in quo constat illud non agnosci, sive ex jure naturali, cùm dives et pauper æquale jus ad solutionem habeant, nec justitia rationem habeat qualitatis personarum. Attamen confessarius qui plerumque nonnisi jam peractam solutionem detegit, sæpe debet a pœnitente monendo abstinere, sive ob difficultatem res de novo aliter componendi, sive ob bonam fidem debitoris et creditoris.

244. II° *An* POSSIT DEBITOR *omnibus debitis solvendis impar*, UNI CREDITORI PRÆ ALIIS SOLVERE?—Ut ea quæstio solvatur, primùm afferendæ sunt juris civilis dispositiones, quæ diversæ sunt, prout respiciunt eos qui commercium exercent, vel alios. Illi qui commercium exercent quando desinunt debitis suis satisfacere, dicuntur gallicè *en état de faillite;* et si culpam aut fraudem admiserint, *en état de banqueroute*: qui verò commercium non exercent, *en état de déconfiture,* latinè *decoctores*. Priores subjiciuntur dispositionibus longè strictioribus, quæ sancitæ fuerunt per novam legem 28 maii 1838, et continentur in Codice commercii, art. 443 et seq., nec applicandæ sunt posterioribus.

I. *Quoad eos qui* COMMERCIUM EXERCENT, quando declarata est eorum impotentia *(faillite)*, pleno jure amittunt a die judicii administrationem omnium bonorum suorum, etiam eorum quæ possunt eis obtingere quamdiu in eo statu remanent; art. 443 Codicis commercii. Nulla potest igitur ex eo momento superesse difficultas; omnino irrita esset solutio facta uni e creditoribus. Quoad actus anteriores, lex voluit irritare eos qui fiunt in fraudem creditorum; sed non omnes eodem modo.

1° Quidam actus *legaliter præsumuntur fraudulenti,* ita ut fraus probari non indigeat, nec contra eam ulla probatio possit admitti; cum aliquo tamen discrimine. Nonnulli præsumuntur fraudulenti *ex parte omnium contrahentium*. Tales sunt 1. omnes *alienationes bonorum,* sive mobilium, sive immobilium, quæ fiunt *titulo gratuito,* sive post epocham cessationis solutionum determinatam per judicium tribunalis, sive intra decem dies quæ eam præcesserunt; art. 446 Cod. comm. Non nimis tamen urgenda ea dispositio, si agatur de quibusdam modicis donationibus, quæ fiunt absque fraude, titulo remunerationis, aut alio titulo qui facilè haberi potest ut non merè gratuitus. 2. *Solutio debitorum* intra eosdem decem dies: quocumque modo fiat, si agatur de debitis nondum exigibilibus; si fiat autem alio modo quàm in pecunia aut chirographis commercialibus (*effets de commerce*), quando

agitur de debitis exigibilibus; *ibidem*. 3. Omnis *hypotheca conventionalis* aut *judiciaria*, et omnia jura *pignoris* vel *antichresis* constituta intra eosdem decem dies super bona debitoris propter debita ante hanc constitutionem contracta; art. 446, ad cujus normam jam intelligendus est art. 2146 Cod civ. Ex parte *debitoris tantùm* fraudulenta præsumuntur solutio debitorum exigibilium, et alii omnes actus titulo oneroso initi post cessationem solutionis, et ante judicium declarativum: sed ut irrita pronuntiari possint (quod prudentiæ judicis committitur, cùm ferat articulus *Pourront*, non verò *Devront*, ut quidam proponebant), probandum est eos qui a debitore acceperunt, vel cum eo contraxerunt, notam habuisse cessationem solutionis; art. 447.

245. — 2° *Actus qui probantur fraudulenti* declarantur quoque irriti : si enim sufficiat aliquando præsumptio fraudis, quantò magis probatio! Huc insuper refertur art. 1167 Cod. civ. Possunt igitur attingi actus quilibet, et quocumque tempore initi : dummodo probetur 1. adfuisse fraudem, ex parte quidem utriusque contrahentis, si agatur de actibus initis titulo oneroso, ex parte autem debitoris etiam solius, si de actibus titulo gratuito; fraus autem adest quotiescumque debitor novit se reddi imparem debitis solvendis : 2. adfuisse eventum damni, id est, damnum verè pati creditores.

Tales sunt variæ nullitates in materia commercii; quæ possunt invocari a solis creditoribus in quorum gratiam tantùm constitutæ sunt, non verò ab ipso debitore, vel ab iis quibuscum contraxit. Ita jurisperiti.

246. II. Quoad *eos qui* COMMERCIUM NON EXERCENT, quando debitis suis non satisfaciunt, possunt creditores sibi consulere per varios actus qui dicuntur gallicè *Saisie-arrêt*, *Saisie mobilière*, *Saisie immobilière*, de quibus in Codice qui dicitur *de Procédure*. Si post discussionem factam omnium bonorum debitoris, reperiatur solvendo impar, varios effectus producit talis statûs declaratio, quos indicat Codex civilis art. 1276, 1446, 1613, 1865, 1913, 2003, 2032. Sed nullibi jus statuit quòd talis debitor amit-

tat administrationem suorum bonorum : nec etiam ulla instituta fuit legalis præsumptio fraudis quoad actus quos elicere potest, etiam intra decem dies qui præcedunt decoctionem : huic ergo applicatur tantùm art. 1167 Codicis civilis, quo statuitur nullitas omnium actuum in quibus probatur adfuisse fraudem. Illa autem fraus intelligenda est eodem sensu quo mox expositum fuit; et probari potest illius existentia quibuscumque viis, etiam per præsumptiones, modò sint graves, præcisæ, et concordantes, ad sensum articuli 1353 Codicis civilis.

247. Post expositas juris dispositiones, accuratiùs discutienda est quoad forum conscientiæ quæstio ab initio proposita (n° 244). Ad eam solvendam varias distinctiones adhibuerunt multi theologi. Nos ad mentem legum nostrarum hæc statuimus.

1° *Vim habent in conscientia nullitates pleni juris* per legem statutæ. — *Prob.* Istæ legis dispositiones latæ sunt ex motivo ordinis publici; nec nituntur falsâ præsumptione facti, sed tantùm præsumptione periculi, ut ex dictis intelligitur : iis proinde standum videtur etiam in foro conscientiæ.

248. — 2° Extra hos casus, *si creditor bonâ fide receperit solutionem sui debiti, non tenetur restituere aliis creditoribus.* — *Prob.* Vel agitur de debito jam exigibili, vel non. Si 1°, ita supponunt omnes jurisperiti; ita postulat bonum publicum, et securitas commercii, ne creditores cogantur attentiùs perscrutari statum fortunæ suorum debitorum. Si 2°, est communis sententia theologorum, satis firmæ rationi innixa : non enim tenetur creditor ratione rei acceptæ, quia non recipit nisi quod suum est, aut saltem alienum non possidet; bona enim debitoris remanent sub ejus dominio : nec ratione injustæ acceptionis, cùm bonâ fide processerit. Et si adsit difficultas ex eo quòd cooperetur materialiter injustitiæ debitoris, tolli potest ex jure civili, quod bonæ fidei favere intendit; nec satis intelligitur cur creditor iis legibus stare non posset in conscientia, quemadmodum stare potest ex communi sententia quoad varia privilegia ipsi concessa (n° 240).

249. — 3° *Si creditor certò cognoscat statum debitoris, solutionem sui debiti integram nec petere, nec recipere potest.* — *Prob.* Illud videtur omnino consonum, sive æquitati naturali, cùm omnes creditores jus æquale habeant; sive menti legum civilium : ex dictis enim intelligitur eam fuisse legislatoris mentem ut impediret quamlibet fraudem erga creditores; ideo non declaravit omnes actus pleno jure irritos, quia timuit ne bonæ fidei detrimentum inferretur. Dicitur *Si certò cognoscat*, quia si non adsit nisi suspicio aut dubium, non inquietandi qui negotia sua curant; valet axioma : *Jura vigilantibus prosunt.*

250. — 4° *Si inita fuerit compositio inter debitorem et creditores, vel si inter istos fiat bonorum debitoris distributio, non potest unus creditor per ullàm conventionem cum debitore aliquid præ cæteris sibi vindicare aut recipere.*

Prob. Illud satis intelligitur ex dictis. Sed confirmari potest ex art. 597 et 598 novi Codicis commercii, ex quibus talis conventio inita cum debitore, vel aliis quibuscumque, plectitur pœnâ carceris et mulctâ pecuniariâ, et declaratur irrita erga omnes, et erga ipsum debitorem, adeò ut creditor teneatur referre quidquid vi hujus receperit. Per has dispositiones satis ostendit legislator quantùm in votis habeat ut perfecta inter creditores servetur æqualitas. Quamvis autem hæ dispositiones latæ sint tantùm in materia commercii, dubium non est quin eadem sit mens legis etiam quoad eos qui commercium non exercent.

§ 3. *Quomodo facienda sit solutio.*

251. Quædam principia statuit Codex civilis, quæ nunc exponenda sunt.

Principium I^um^. *Creditor non tenetur recipere nisi rem debitam;* art. 1243. — Quamvis enim res oblata esset æqualis, aut etiam majoris valoris, non satisfieret conventioni, ut patet : non potest ergo res una alteri substitui, nisi consentiat creditor.

Principium illud exceptionem necessariò admittit, quando debitor per suam culpam se posuit in impossibilitate rem debitam tradendi : tunc reddi debet illius valor

seu æquivalens. — Sed si pro vario tempore varius fuerit rei valor, quæri potest juxta quemnam restituendum sit? Non omnino concordant jurisperiti. In foro conscientiæ, hæc statui posse videntur. 1° Æstimatio rei desumenda est ex eo tempore quo solutio fieri debuit. Id æquitati omnino consonum videtur. 2° Compensanda sunt insuper damna quæ patitur creditor, juxta principia jam exposita. 3° Si debitor fructum perceperit ex augmento valoris, applicanda sunt quæ diximus in Tr. *de Justitia* (n° 382).

252. Principium IIum. *Creditor non potest cogi ad recipiendum per partes solutionem debiti ;* art. 1244. — Solutio enim per partes plura solet habere incommoda.

Excipiuntur tamen quidam casus quos indicare sufficiat : scilicet quoad hæredes debitoris, art. 1220 ; in casu compensationis, art. 1290 ; et fidejussionis, art. 2026 ; juxta plures, ex concessione judicis, art. 1244 ; tandem quando plura sunt debita, art. 1253 et seq.

253. Principium IIIum. *Debitor rei certæ et determinatæ regulariter liberatur traditione rei in statu quo reperitur tempore traditionis ; si verò res debita non sit determinata nisi in genere suo, nec tenetur debitor quàm optimam solvere, nec potest quàm pessimam offerre ;* art. 1245 et 1246. — Quando debetur res certa et determinata, illius dominium est penès creditorem, ut jam expositum est : ergo ipsi crescit aut decrescit. Si tamen res deterior facta fuisset ex culpa debitoris aut eorum pro quibus spondere debet, vel si debitor esset in mora, tunc ex eodem art. 1245 deberet creditorem servare indemnem : et ideo dictum est *Regulariter*. Sed illud intelligendum est juxta principia jam exposita, id est, posito quòd res non eodem modo deterioranda fuisset apud creditorem, etc. Si res sit aliquatenus indeterminata, vid. quæ diximus antea (n° 109).

254. Principium IVum. *Quando debetur summa pecuniaria, solutio debet fieri, seclusâ speciali conventione, juxta actualem nummorum valorem legalem, etiamsi a tempore quo contractum est debitum valor ille auctus vel imminutus fuerit.* — Hujus principii ea ratio affertur, quòd *In pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem,* ut di-

citur in jure Romano. Consentanea erat jurisprudentia nostra : et ita statuitur, art. 1895, quoad mutuum; eademque est ratio pro quibuslibet obligationibus. Quænam in contrarium conventiones iniri possint expendemus ubi *de Mutuo* (nº 520).

255. Scholium.—Eâ occasione, expendi potest, *quid sentiendum de iis qui tempore perturbationis Gallicæ debita sua solverunt cum chartis nummariis*, vulgò assignats ? — Ex allato principio sequi videretur validam fuisse solutionem, cùm facta fuerit secundùm valorem legalem. Attamen non leves motæ sunt controversiæ : quatuor exortæ sunt præcipuæ opiniones.

Iª *Opinio* fuit eorum qui tenebant debita potuisse exstingui cum chartis nummariis secundùm valorem legalem datis. Conventiones censentur initæ juxta leges ; porrò illæ chartæ erant moneta legalis ; lex quæ eam instituit fuit communi totius gentis consensu recepta. Excipiebant tamen plures debita orta sive ex damno illato, quod ex integro resarciendum est ; sive ex mutuo gratuito, in quo mutuans damnum pati non debet.

IIª *Opinio* tenuit debita non potuisse in foro conscientiæ exstingui cum chartis nummariis, sed debuisse dari compensationem proportionatam discrimini quod existebat inter valorem numericum, et valorem realem illarum chartarum. Alioquin non fuisset æqualitas inter debitum et solutionem. Legislator noluit attingere casum immodicæ imminutionis, quæ possibilis non prævidebatur : et si aliud intendisset, lex erat injusta, bono publico adversa, nec satis in praxi recepta, cùm valorem assignaret quem denegabat æstimatio communis. Hæc opinio fuit satis communis in provinciis meridianis.

IIIª *Opinio*, quam tenuit D. Asselinx, episcopus Boloniensis, et quæ multos etiam patronos habuit, præsertim in provinciis septentrionalibus, distinguebat inter chartas ex necessitate acceptas, et alio modo acquisitas. Scilicet, inquiebant, cùm hìc ageretur de calamitate quadam publica, quæstio solvi debuit, non tam ex apicibus stricti juris, quàm ex boni publici intuitu. Porrò bonum publicum postulabat, 1° ut qui chartas in solutionem acceperat, cum iis solvere posset; alioquin factum fuisset ut omnes illæ chartæ penès viros probos remanerent : 2° ut solutio non posset fieri cum chartis, v. g., in hunc finem emptis, quia iniquum est ut quis ex calamitate publica velit ditari cum aliorum detrimento.

IVª *Opinio* distinguit inter tempus quo notabiliter nondum decreverat valor chartarum, et tempus quo notabilis imminutio locum habuerat, v. g., ultra viginti pro centum. In priori, censent fieri potuisse solutionem : idem est ac quando mutatur monetæ valor; quo in casu agnoscunt omnes posse debitorem huic mutationi se accommodare. In posteriori, negant, quia lex tunc haberi debuit ut evidenter injusta, utpote fortunarum subversiva : idem est ac si monetæ valor supra modum augeretur vel minueretur.

Inter illas opiniones, hæc statuenda nobis videntur. — 1° Indubium putamus non potuisse fieri cum chartis nummariis juxta earum valorem legalem, solutionem eorum quæ debebantur in compensationem damni illati. Illud omnes videntur admittere. — 2° Variis legibus variæ inductæ fuerunt modificationes solutioni cum chartis nummariis faciendæ, v. g., quoad pretium locationis agrorum, quoad summas debitas ex donatione vel testamento, quoad solutionem anticipatam, etc. Qui iis non steterunt, procul dubio ad restitutionem tenentur; omnes enim agnoscunt leges quæ instituerant chartas nummarias ultra strictam dispositionem non potuisse extendi; hic sanè, si unquam, applicandum est axioma, *Odia restringenda*. — 3° Anteponenda videtur secunda opinio. Lex enim, præsertim in se injusta et noxia, qualis vulgò agnoscitur ea quæ statuit chartas nummarias, non debet applicari nisi in sensu quo fuit communiter recepta : porrò non fuit communiter recepta in eo sensu quòd chartis nummariis totus valor numericus servaretur, cùm in opinione communi mox decreverit ille valor; ergo quemadmodum illæ chartæ solo facto potuerunt a privilegio monetæ vulgaris excidere, ita etiam excidisse videntur a valore suo numerico seu legali. Igitur qui cum illis solverunt secundùm valorem legalem ad compensationem tenentur. — 4° Ut determinetur illa compensatio, attendendum est ad valorem quem communiter habebant chartæ nummariæ tempore quo facta est solutio. Exinde enim determinari potest regulariter quodnam damnum passus fuerit creditor ex hujusmodi solutione. Si autem, præter damnum solutionis non integræ, alia damna extrinseca passus sit, videndum erit an debitor fuerit bonæ, an malæ fidei, et tunc quoad eorum damnorum reparationem applicabuntur principia generalia. — 5° Satius est tamen, quando id fieri potest, ut creditor et debitor invicem pacisci moneantur : cùm enim semper remaneat dubium aliquod, et aliunde vix possibile sit ut ex tam infausta rerum serie alteruter damnum non patiatur, nihil magis optandum, imò magis æquitati consentaneum, quàm voluntaria inter utrumque compositio. Idque libenter agnoscunt omnium sententiarum patroni.

§ 4. *Quo tempore et loco facienda sit solutio.*

256. I° *Quandonam facienda sit solutio.* — Id pendet ex natura obligationis. 1° Si sit conditionata, solutio facienda non est nisi impletâ conditione, ut jam antea (n° 190 et seq.) exposuimus. 2° Si adsit terminus, jam quoque diximus (n° 218) quid tenendum sit. 3° Si obligatio sit pura et simplex, statim, moraliter loquendo, exigi potest : utrùm autem ipse debitor teneatur solutionem offerre, pendet ex conventione, et ex usu pro variis obligationibus recepto.

257. II° *Ubinam facienda sit solutio.* — 1° Si inita sit eâ de re conventio, huic standum est, ut patet; art. 1247. Idem dicendum, si ex circumstantiis colligatur intentio contrahentium. — 2° Si nulla adsit conventio, et agatur de objecto certo et determinato, solutio facienda est in loco ubi erat tempore contractûs; ita generatim art. 1247, et speciatim pro casu venditionis art. 1609. Satis patet hic per solutionem intelligi traditionem rei. Quoad pretium, si nullus terminus debi-

tori concessus fuerit, solvi debet in loco ubi fit traditio rei; art. 1651, qui non applicatur quando concessus est terminus. — 3° Extra hos duos casus, solutio fieri debet in domicilio debitoris; art. 1247 : in dubio interpretatio fit contra creditorem, juxta art. 1162. — 4° Solutio facienda est impensis debitoris; art. 1248. Si ergo quædam faciendæ sunt ut res reponatur in loco in quo tradenda est, recidunt in debitorem. In eum pariter cadere debent impensæ quæ dicuntur *Frais de quittance*, quia in ipsius gratiam fiunt.

§ 5. *De solutione cum subrogatione.*

258. Quando solutio fit ab ipso debitore, debitum purè et simpliciter exstinguitur. Sed aliquando solutio fit ab alio, ad quem ideo transeunt jura prioris creditoris : hæc *transfusio unius creditoris in alium*, ut loquuntur jurisperiti, vocatur *subrogatio*; et quidem *personalis*, ut distinguatur a subrogatione *reali*, quæ locum habet quando rei debitæ altera substituitur adeò ut creditor in istam habeat eadem jura quæ habebat in illam, ut in casu art. 1407 : de hac subrogatione reali hic non agitur.

Subrogatio, ex art. 1249, est vel conventionalis, vel legalis. Olim admittebatur subrogatio judiciaria, quæ hodie non viget : sed cùm subrogatio conventionalis duplici modo oriri possit, hinc triplex assignari potest *subrogationis origo*. 1° Ex *conventione* inita *cum creditore*; art. 1259, Cod. civ. 2° Ex *conventione* inita *cum debitore*; *ibid.* 3° *Pleno jure*, in casibus determinatis, art 1251, vel in aliis legibus, v. g., art. 126 et seq. et art. 159. Cod. comm.

De *effectibus* subrogationis duo speciatim statuit art. 1252 Cod. civ. 1° Subrogatio vim habet, non tantùm contra debitores principales, sed contra fidejussores. 2° Si creditor nonnisi partem solutionis acceperit, subrogatio nequit ipsi nocere : ideo potest jus suum exercere quoad partem quæ ipsi adhuc debetur, et anteponi ei qui partem tantùm solvit : *Nemo contra seipsum subrogasse videtur*, inquiunt auctores post Molinæum.

§ 6. *De imputatione solutionum.*

259. Quando plura adsunt debita, quæ pro objecto non habent rem certam et determinatam, nec omnibus simul satisfit, adest locus imputationi solutionum; id est, sciendum est cuinam debito applicetur solutio, seu quodnam debitum per solutionem exstinguatur aut imminuatur. Porrò illa applicatio seu determinatio fieri potest vel ab ipso debitore, art. 1253; non tamen modo qui juribus creditoris adversetur, art. 1254 : vel a creditore, ipso solutionis tempore : vel demum, utroque deficiente, ab ipsa lege, art. 1256.

§ 7. *De cessione bonorum.*

260. Cessio bonorum generatim est actus quo debitor impar debitis suis relinquit omnia bona sua creditoribus; art. 1265 Codicis civilis. Per eam non transfertur domi-

nium bonorum in creditores, sed tantùm jus iis fruendi, et ad eorum venditionem procedendi: unde nonnisi per venditionem dominio spoliatur debitor; si interim inveniret unde creditoribus satisfaceret, posset bona sua repetere, et si, iis venditis, pretium debita superaret, ipsi restituendus esset excessus. Ita jurisperiti.

Duplex in jure nostro distinguitur cessio, voluntaria et judiciaria. Prior fit ordinariè coram notariis; posterior coram judice. Non eadem sunt utrinsque consectaria.

1° Cessio *voluntaria* ea est quæ liberè acceptatur a creditoribus, quæque eos tantùm effectus producit de quibus conventio inita est inter debitorem et creditores; art. 1267. Ad eam concurrere debent omnes creditores; qui non concurrerent servarent omnia jura sua. Cessor debet declarare omnia bona sua; alioquin irrita declarari poterit cessio: potest tamen retinere ea quæ declarantur *insaisissables* art. 581 et 592 Cod. judic.; et, de consensu creditorum, quædam alia ad propriam et familiæ sustentationem. Hæc cessio per se non exstinguit debitum, sed tantùm minuit juxta proportionem pretii quod obtinebunt creditores ex fructibus et venditione bonorum: potest tamen ex consensu creditorum includere remissionem totius debiti; tunc in foro externo nihil amplius possunt exigere.

261. — 2° Cessio *judiciaria* est beneficium a lege concessum debitori infelici et bonæ fidei, quo servare possit suæ personæ libertatem, omnia bona sua creditoribus coram judice relinquendo, non obstante quâcumque conventione in contrarium; art. 1268. Beneficinm illud non conceditur nisi debitori infelici et bonæ fidei. Ut obtineatur, servandæ sunt variæ formæ, art. 898 et seq. Cod. judic. Creditores illam cessionem recusare nequeunt, nisi in casibus lege expressis; art. 1270. Casus illi exprimuntur, art. 905 Cod. judic., et art. 541 Cod. comm., de quo mox. Effectus hujusmodi cessionis est, ut cessor ulteriùs molestari vel incarcerari non possit; sed debitorem non liberat nisi secundùm proportionem bonorum quibus cedit, et, si nova bona acquirat, tenetur ea derelinquere usque ad integram solutionem; art. 1270.

262. — 3° In *materia commercii* locum habere potest cessio voluntaria. Sed hodie ex lege anni 1838, art. 541, nullus debitor commercium exercens admitti potest ad beneficium cessionis bonorum, id est, ad cessionem judiciariam. Attamen quædam ipsi conceduntur quæ magnam habent cum hac cessione analogiam, et eadem ferè adducunt consectaria, præcavendo tantùm varia incommoda quæ olim locum habere poterant. Scilicet iniri potest cum creditoribus compositio, quæ dicitur *Concordat;* et si non ineatur, fit *unio creditorum :* prout fusè statuitur art. 504-540 Cod. comm. Vid. etiam art. 469, 474.

263.—4° Quoad *forum conscientiæ*, docuerunt nonnulli theologi per cessionem exstingui debitum, quando fit cum certis formis ignominiosis, quia illa ignominia substituitur solutioni. Verùm communiter hæc opinio rejicitur. Et revera, si agatur de cessione judiciaria, nulla potest esse difficultas, cùm ne in ipso quidem foro externo debitum penitus exstinguat. Si verò agatur de cessione voluntaria, vel de compositione quâ fiat aliqua debiti remissio, non ideo liberatur debitor, quia creditores sic componunt inviti, saltem moraliter, eo quòd nunc plus habere nequeant; nec censeri possunt, saltem ordinariè, spontaneè et liberè renuntiare juri suo ad residuum, si fortè debitor possit aliquando solvere. Ita non solùm theologi, sed juristæ et negotiatores.

Cæterùm bonorum cessor, et generatim quisquis est debitis suis solvendis impar, quamvis non debeat omnibus omnino bonis spoliari, utpote semper aliquâ commiseratione dignus, ideoque possit hodie ex legibus quædam sibi retinere, quædam a creditoribus seu judice obtinere, attamen juxta omnes peccat contra justitiam, si ultra id retineat aliquid magni momenti, quia damnum infert creditoribus, eosque fraudulenter decipit. Imò in praxi generaliter non est permittendum ut sibi aliquid occultè retineat : tum quia esset perjurium, si exigeretur juramentum, vel saltem mendacium; tum quia esset contra dispositionem legis, et sic bis obtineret cessor quod sibi esset necessarium. Dicitur tamen *Generaliter*, 1° quia observat D. PARDESSUS, nihil agere alienum a probitate cessorem, qui bona

quædam retinet quibus sustentetur familia donec per judicem provisum fuerit; sed tunc debet illud declarare, quando notum facit statum suæ fortunæ. 2° Quia si aliâ viâ non posset obtinere ea quæ absolutè sunt necessaria ut sibi provideat, vituperari non posset ea retinens. Sed observant auctores vix unquam licitum esse cum cessore concurrere ad occultanda bona, quia plerumque ultra necessitatem retinet.

Art. 2. *De novatione.*

264. Novatio a jurisperitis definitur : *Veteris obligationis in novam translatio et confusio.* Non adest novatio, nisi prior obligatio exstinguatur : ideoque meritò recensetur novatio inter modos quibus exstinguuntur obligationes. Duas conventiones includit : alteram, quâ prior obligatio exstinguitur; alteram, quâ nova constituitur. Hæ duæ conventiones a se invicem pendent : si non existeret prior obligatio, nulla esset causa novæ constituendæ; et si nova non constitueretur, nulla esset causa prioris exstinguendæ.

Hinc 1° novatio locum habere nequit nisi inter personas capaces contrahendi; art. 1272. — 2° Cùm nova obligatio possit aliam habere causam ac exstinctio prioris, cùm aliunde nemo supponendus sit facilè renuntiare juribus suis, novatio non præsumitur; sed requiritur ut ex actu clarè deducatur voluntas novandi; art. 1273. Quandonam id locum habeat, exponunt jurisperiti.

Ex art. 1271, *triplici modo* fieri potest novatio. 1° *Inter easdem personas*, quando debitor contrahit erga suum creditorem novum debitum, loco prioris quod exstinguitur. 2° *Interventu novi debitoris*, qui substituitur priori debitori quem creditor liberat. Hæc novatio fieri potest sine concursu prioris debitoris, art 1274 : quia nempe, ut diximus (n° 237), solutio fieri potest etiam ab alio quàm debitore. Sed requiritur consensus creditoris, qui cogi potest quidem ad recipiendam solutionem, non verò ad acceptandum novum debitorem; et quando illum acceptat, requiritur ut expressè declaret se pro libero habere priorem debitorem; art. 1275 : alioquin non esset novatio. Sed quando eum liberum agnovit, non habet recursum adversùs illum, etsi novus debitor fiat solvendo impar, nisi hanc facultatem sibi reservaverit, vel novus debitor jam esset in statu decoctionis (*de faillite* ou *de déconfiture*) tempore novationis; art. 1276. — 3° *Interventu novi creditoris*, qui priori substituitur, ita ut debitor erga priorem creditorem liberetur, et erga novum creditorem tantùm obligatus maneat. Sed requiritur concursus debitoris, sinè quo creditor non posset nisi jus suum alteri transferre.

Ex his intelligitur, ad novationem non sufficere simplicem indicationem factam a debitore vel a creditore alicujus a quo vel cui fiat solutio; art. 1277 : est illa indicatio merum mandatum solvendi vel accipiendi solutionem, seu *delegatio.*

265. Novationis *effectus* ad quem hic spectamus, est exstinctio prio-

ris obligationis; art. 1271. Obligatione autem exstinctâ, corruere pariter debent varia illius accessoria.

Hinc 1° privilegia et hypothecæ prioris obligationis non transeunt ad novam, nisi creditor sibi ea expressè reservaverit; art. 1278. Permittitur generalim ea reservatio, quia nullum damnum infert aliis creditoribus. Sed si novatio fiat per substitutionem novi debitoris, privilegia et hypothecæ non possunt in istius bona transire; art. 1279: alioquin damnum inferretur aliis istius creditoribus, ut patet. — 2° Per novationem factam inter creditorem et unum e debitoribus in solidum, liberantur co-debitores; per novationem autem factam erga debitorem principalem, liberantur fidejussores: si tamen creditor exigat in priori casu consensum co-debitorum, in posteriori consensum fidejussorum, deficiente hoc consensu, deficit novatio. Ita art. 1281.

Art. 3. *De condonatione, seu remissione creditoris.*

266. Condonatio seu remissio creditoris æquivalet solutioni: volenti enim, seu non exigenti solutionem non fit injuria per istius omissionem. Sed facilè intelligitur non produci eum effectum, nisi valida sit ea condonatio. Unde requiritur 1° ut creditor sit capax donandi, debitor verò capax accipiendi, secundùm ea quæ dicemus ubi *de Donatione;* 2° ut condonatio sit plenè libera, prout requiri vidimus in contractibus gratuitis (n° 27). Utrùm autem necessariò requiratur acceptatio debitoris, jam antea expendimus (n° 20).

Attamen, quamvis remissio debiti habeatur ut donatio, ad eam non requiruntur eædem solemnitates ac in donatione simplici. Imò in jure admittitur non solùm *remissio* expressa, sed etiam *tacita,* quæ nempe deducitur ex quibusdam factis quæ eam supponunt. Plura hujusmodi facta indicat Codex civilis, v. g., art. 1282 et seq. Sed agnoscunt jurisperiti dari posse plura alia signa, quorum determinatio prudentiæ judicis relinquitur. Admittitur etiam a multis theologis remissio *præsumpta:* quia quando præsumitur creditorem consentire, aut consensurum si interrogaretur, jam res aliena non retinetur invito domino. Ita Vogler, n° 533. Sed meritò observat Collet, hoc esse plenum periculi, et locum facilè dare multis abusibus. Nec abnuit Vogler, qui ideo ait non sufficere quamcumque voluntatem probabilem, sed requiri moraliter certam, aut

longè magis probabilem, præsertim in rebus gravis momenti.

267. Remissionis *effectus* facilè intelligitur, quando unicus est debitor, vel, si plures sint, quando omnibus fit remissio. Sed si plures sint debitores, et uni tantùm fiat remissio, non modicæ aliquando exoriuntur difficultates.

1° Remissio facta debitori principali liberat *fidejussores;* sed remissio facta fidejussori, non liberat debitorem principalem; neque remissio facta uni e fidejussoribus alios liberat; art. 1287. Ratio priorum decisionum est, quia accessorium non existit sublato principali, sed principale subsistit sublato accessorio. Ratio ultimæ decisionis est, quia creditor potest favere uni fidejussori, quin velit favere aliis. Si tamen fidejussor aliquid solverit creditori ad obtinendam remissionem, censetur soluta pars debiti, quam proinde creditor ampliùs nequit exigere; art. 1288.

2° Quoad *debitores in solidum*, remissio tacita facta per traditionem tituli uni e debitoribus, cæteros omnes liberat; art. 1284 : tunc remissio censetur realis, seu ferri in ipsum debitum. Idem dicendum in casu remissionis conventionalis, nisi creditor reservaverit sua jura erga alios debitores; quâ in hypothesi, non potest debitum exigere, nisi deductâ parte illius cui condonavit; art. 1285.

Art. 4. *De compensatione.*

268. Non hic agitur de compensatione *occulta* de qua in Tr. *de Justitia* (n° 298 et seq.), sed de *compensatione legali*, quæ locum habet quando duæ personæ fiunt invicem debitrices : tunc ex art. 1289 exstinguitur utrumque debitum ; unde compensatio definitur in jure : *Debiti et crediti inter se contributio.* Vi ipsius legis, seu *pleno jure* fit illa compensatio, etiam insciis partibus ; art. 1290. Huic jam acquisitæ renuntiari potest, id est, potest debitor solvere debitum jam exstinctum per compensationem, nec ideo excidit a jure postulandi solutionem proprii debiti : sed antea negant quidam jurisperiti, idem dicentes ac de præscriptione, de qua art. 2220; affirmant tamen theologi, quia hæc renuntiatio est conventio de re possibili et licita, ac proinde obligatoria.

Ut locum habeat compensatio variæ requiruntur *conditiones*. — Iª est ut objectum utriusque debiti sit ejusdem speciei; art. 1291 : ex dictis (nº 251) aliud pro alio invito creditori solvi non potest. — IIª, ut debita sint liquida, id est, ut certum sit an et quantum debeatur : quia æquum non est ut certum compensetur per incertum. — IIIª, ut debita sint æquè exigibilia : id est, non solùm debitum civile non potest compensari per debitum merè naturale; sed neque debitum absolutum per debitum conditionatum, vel debitum cujus terminus jam obtigit per illud cujus terminus nondum obtigit, quia debitor cogi non debet ut præveniat terminum. Attamen terminus qui dicitur gratiæ non impedit compensationem; art. 1292 : eo enim modo suavissimè liberatur debitor. — IVª, ut eadem sit persona quæ debeat et cui debeatur, prout indicat ipsa natura compensationis. Attamen ex art. 1294, fidejussor potest opponere in compensationem debitum creditoris erga debitorem principalem, cùm ipse nonnisi in istius defectum debeat; sed debitor principalis non potest opponere debitum creditoris erga fidejussorem. Pariter ex eodem articulo, debitor in solidum non potest opponere debitum creditoris erga suum co-debitorem. — Vª, ut non obstet legis dispositio. Obstat autem quoad rem injustè occupatam, vel depositam, vel commodatam; art. 1293 et 1885 : item quoad debitum pro alimentis, quæ ex art. 581 Codicis judicialis declarantur *insaisissables*; art. 1293.

269. Quando concurrunt variæ illæ conditiones, *effectus* compensationis est, ut diximus, exstinguere debitum pleno jure : compensatio æquivalet solutioni.

Hinc 1º exstinguuntur pariter pleno jure privilegia et hypothecæ, quæ sunt accessorium debiti. — 2º Qui ex errore solvit debitum quod fuerat per compensationem exstinctum, potest solutum repetere, ad sensum art. 1376. — 3º Creditor non potest alteri transferre creditum per compensationem exstinctum. Si tamen debitor purè et simpliciter acceptaverit cessionem, non potest suo novo creditori opponere compensationem; quia acceptando absque ulla reservatione, renuntiavit compensationi : si verò non ac-

ceptaverit, licèt cessio ei intimata fuerit, hæc cessio non impedit nisi compensationem debitorum quæ hanc subsecuta sunt. Ita art. 1295. — 4° Si debita non sint in eodem loco solvenda, compensatio non potest opponi nisi deductis expensis pro solutione faciendis (*qu'en faisant raison des frais de la remise*); art. 1296. — 5° Si plura sint debita compensationi obnoxia, hìc applicantur regulæ art. 1256 statutæ quoad imputationem solutionum (n° 259).

270. Præter illam compensationem legalem, alia assignari potest, quam *facultativam* vocat Delvincourt, quæ locum habet quando alterum tantùm e duobus debitis habet conditiones requisitas ad compensationem : tunc creditor illius debiti potest compensationem opponere, sed compensatio ipsi opponi non potest. Differt a compensatione legali, quatenus pleno jure locum non habet, sed tantùm quando ille qui potest eam opponere declaravit se velle eâ uti.

Art. 5. *De confusione.*

271. Per confusionem in præsenti materia intelligunt jurisperiti concursum qualitatum creditoris et debitoris ejusdem debiti in eadem persona : cùm nemo sui ipsius debitor aut creditor esse possit, patet obligationem tolli hoc diversi juris concursu, et ita statuit art. 1300.

Hæc confusio in duplici præsertim casu locum habet : 1° quando debitor creditori, vel creditor debitori hæres existit; 2° quando idem hæres existit creditori et debitori. Sed observandum est illud locum non habere quando hæres adit hæreditatem sub beneficio inventarii : tunc enim nulla fit confusio, quia hoc beneficio inventarii tributum est ut hæres beneficiarius et hæreditas pro duabus diversis personis habeantur, ideoque ut cujusque jura non confundantur; art. 802.

Observat Delvincourt, magnum esse discrimen inter confusionem, et alios modos quibus exstinguuntur debita, v. g., solutionem, compensationem, etc. : isti prosunt omnibus quorum interest, quia res ampliùs non debetur, et tollitur obligatio quoad principale et quoad accessorium ; confusio autem personam tantùm eximit ab obligatione, sed ipsa obligatio non tollitur nisi quatenus hic est debitor principalis et unicus : dicitur *Principalis*, quia confusio quæ locum habet in persona fidejussoris, ipsum tantùm liberat, non verò debitorem principalem, vel alios fidejussores ; art. 1301 et 2035 : *Unicus*, quia si plures sint debitores in solidum, confusio quæ locum habet in uno e co-debitoribus non prodest aliis nisi pro rata parte quæ ad eum spectabat in debito; art. 1301 et 1209.

ART. 6. *De interitu rei debitæ.*

272. I. *Quandonam cesset obligatio per interitum rei debitæ?* — Distinguendum est. 1° Si agatur *de re indeterminata,* seu de iis obligationibus quæ vocantur obligationes generis, debitor non potest liberari interitu rei, quia *Genus non perit,* inquiunt jurisperiti. Si tamen res, in se indeterminata, esset pars cujusdam quantitatis determinatæ, obligatio cessare posset per interitum totius illius quantitatis. 2° Si agatur *de objecto certo et determinato,* cessat obligatio, quando destruitur, vel extra commercium reponitur, vel amittitur absque culpa et mora debitoris; art. 1302. Debitor nec tenetur rem præstare, cùm *Impossibilium nulla sit obligatio;* nec damna compensare, cùm non oriantur ex illius culpa (n° 166). Insuper *Res perit domino* (vid. n° 163). Dicitur *Absque culpa et mora debitoris;* si adsit culpa, aut mora, applicanda sunt quæ diximus suprà (n° 165 et seq.), et in Tr. *de Justitia* (n° 380 et seq.). Sed non admittimus quod dicunt plures jurisperiti, requiri ad liberationem debitoris, ut res non interierit per illius factum, etiam inculpatum. Ex jure naturali, si nec ditior evaserit, nec culpam admiserit, ad nihil tenetur : imò, etiamsi adfuerit culpa debitoris, mòdò non sit contra justitiam, v. g., si credens rem esse suam, eam in pravos usus adhibuerit, non censetur in culpa, quia ex ipsomet jure et jurisperitis, *Qui quasi suam rem neglexit, nulli querelæ subjectus est.* Porrò non probatur Codicem civilem aliud statuere : articuli enim in contrarium allati possunt restringi ad casum in quo factum est culpabile, ad sensum articuli 1382.

273. II. *Quatenus per interitum rei dissolvatur obligatio;* id est, utrùm ita dissolvatur, ut liberetur etiam ille cui res tradenda erat, quando agitur de contractu bilaterali? — Ille cui res tradenda erat non liberabitur per hujus interitum, si contractus fuerit antea perfectus : quia obligatio semel contracta perseverat, et ea tantùm perimitur quæ impossibilis evadit; neque hìc applicatur art. 1184, qui supponit culpam in eo qui non implet obligationem,

ut ex illius secunda parte deduci potest. Si verò contractus non fuerit perfectus, tunc interitus rei impedit quominus perficiatur, cùm non subsistat illius objectum; ac proinde nulla exoritur obligatio.

Hinc 1° si *contractus* sit *conditionatus*, et res pereat ante eventum conditionis, omnino perimitur obligatio, ut jam ex art. 1182 diximus (n° 191). — 2° Si agatur de *venditione*, videndum erit an esset pura et simplex, an non. Si 1°, licèt res pereat ante traditionem, pretium dare tenebitur emptor. Ita etiam olim statuebatur : a fortiori hodie, ait Delvincourt; cùm enim emptor verè dominium per solam conventionem acquisierit, debet pretium. Si 2°, nempe in casibus de quibus art. 1585, 1587 et 1588 (*vente au compte ou à la mesure, à l'essai*, etc.), pretium non debebit emptor, ut patet ex ipsis articulis. — 3° In *locatione*, si res locata pereat, pretium solvere non tenetur locatarius; art. 1722, 1741 : censetur locatio facta pro unoquoque die, cùm fructus civiles, inter quos reponitur pretium locationis, acquirantur de die in diem ex art. 586. Aliud dicendum de usufructu, usu et habitatione, et jure servitutis : quamvis jura illa exstinguantur per interitum rei ex art. 617, 625, 703, nihilominus debetur pretium. — 4° In *societate*, videndum an societas inita sit de dominio rei, an verò de usu tantùm. In priori casu, applicantur quæ dicta sunt de venditione : in posteriori, quæ dicta sunt de locatione.

274. III. *Quid agere teneatur debitor, si in clade communi rem propriam simul et alienam eripere nequeat ?*

Inter varias opiniones, principium solutionis deducendum videtur ex dictis *de Compensatione damnorum* (n° 165 et seq.) : locus aderit compensationi, quando damnum censebitur debitori imputandum; tale autem censebitur, quando omiserit id ad quod ex contractu se obligavit. Hoc autem semel posito, faciliùs dijudicabitur utrùm et quatenus possit debitor rem propriam servare. Itaque distinguendum est in cujusnam utilitatem initus sit contractus.

1° *Si sit in utilitatem creditoris tantùm*, ut in deposito, debitor non tenetur gratis subire damnum ad servandam rem alterius; sed si rem suam ob hanc causam amittat, jus habebit ad compensationem : cùm nemini beneficium debeat esse damnosum, non censetur se obligasse ad servandam rem alterius cum jactura rei propriæ.

Hinc 1. si res aliena sit pretiosior, debebit eam servare, et jus habebit ad repetendam compensationem rei propriæ. Si autem prævideat se eam non recepturum, poterit

in conscientia rem suam servare, licèt minùs pretiosam : non enim tenetur ad expensas quas non est recuperaturus. 2. Si res propria sit æquè pretiosa, a fortiori si sit pretiosior, non tenebitur alienam servare : nullum commodum inde reportaret creditor, qui teneretur valorem refundere.

2° *Si contractus sit in utilitatem debitoris tantùm*, ut in commodato, quæstio difficilior evadit, et valde scinduntur auctores. Non pauci obligant debitorem ad dandum valorem rei alienæ, si eam perire sinat : quia æquum non est ut commodans damnum patiatur ob beneficium alteri præstitum, præsertim cùm dici possit istum ditiorem esse factum quatenus rei propriæ pepercit. Alii dicunt compensationem a commodatario non deberi : non censetur se obligasse ad rem commodatam servandam, etiam cum gravi suo detrimento ; servando igitur rem suam pretiosiorem, nullam culpam admittit, siquidem ita ageret vir etiam prudentissimus : imò nec etiamsi sit tantùm æquè aut minùs pretiosa, dummodo sit gravis momenti respectivè ad ipsum. Si ergo rem suam perire sinat ut servet alienam, quasi expendit rem suam in utilitatem commodantis, a quo compensationem recipere debet : si verò perire sinat rem commodatam, dici nequit commodans eam expendere in utilitatem alterius, sed res perit casu fortuito, eo quòd nemo sit qui teneatur, vel possit eam eripere ; quando autem res fortuito casu perit, domino perit, nec alius debet ei quidquam recompensare. Ita ratiocinatur DE LUGO, quem non pauci sequuntur.

Inter eas opiniones, stando in jure naturæ, imò attendendo tantùm ad dispositiones generales legum circa præstationem culpæ juridicæ in contractibus, secunda videretur nobis anteponenda. Verùm in sensu prioris statuit Codex civilis, art. 1882. Igitur cùm *Ea veniant in contractibus quæ sunt juris et consuetudinis*, satis probabile est commodatarium censendum esse ad rei valorem præstandum reipsa se obligare. Aliud tamen dicetur, si præ tumultu locus non fuerit deliberandi quænam res eriperetur ; tunc enim si res commodata præ manibus non occurrerit, dici nequit commodatarium potuisse eam eripere.

3° *Si contractus sit in utilitatem utriusque contrahentis*, a fortiori dicendum ex jure naturæ debitorem non teneri ad detrimentum rei suæ patiendum. Codex autem nihil in contrarium statuit : art. enim 1882 non est extendendus ultra casum quem respicit.

Cæterùm ut qui habet rem alienam excusetur ab ea servanda, non sufficit quodcumque detrimentum, sed requiritur detrimentum proportionatum ; obligatio enim quam suscepit ad eam custodiendam obligat ad aliquod detrimentum subeundum, sicut obligat ad aliquam industriam et laborem. Majus autem detrimentum subire pro rei custodia tenetur ille cui in sui solius gratiam commissa est, quàm ille qui in gratiam utriusque accepit ; iste verò ad aliquid amplius, quàm si in gratiam solius committentis : ad aliquid tamen hic etiam ultimus tenetur, siquidem suscepit jam custodiam et curam rei.

PARS SECUNDA.

DE CONTRACTIBUS IN SPECIE.

275. Contractus, quotquot iniri possunt, singulos recensere non est possibile : præcipuos igitur tantùm percurremus, eos scilicet de quibus regulas sanxerunt leges apud nos receptæ. Cùmque inter eos institui nequeat ordo perfectè logicus, in id tantùm intenti erimus, ut de iis primùm disseramus quorum regulæ sunt magis generales, et cæteris contractibus applicandæ; deinde ut, quantùm fieri poterit, eos ab invicem non disjungamus qui sunt inter se magis affines. Quapropter dicemus primùm de promissione, quæ cùm ad cæteros contractus referri possit, ipsisque quasi præire, ab initio investigari debet; deinde de donatione et venditione, quarum expositio complectitur plerasque regulas quibus subjiciuntur contractus gratuiti, et contractus onerosi; postea de cæteris contractibus qui ad hanc duplicem speciem plùs minùsve accedunt.

CAPUT PRIMUM.

DE PROMISSIONE.

276. Totuplex distingui potest promissio, quotuplex dari potest illius objectum. Sed omnes ad duplicem classem referri possunt : unde in duobus articulis agemus seorsim de promissione gratuita, et de promissione onerosa.

Art. 1. *De promissione gratuita.*

277. Promissio gratuita vulgò definitur : *Contractus quo quis gratuitò et liberè fidem suam alteri obligat de præstanda re possibili ac licita, et promissario grata.*

Dicitur 1° *Contractus*, id est, conventio ab uno proposita, et ab altero acceptata : ante enim acceptationem non est vera promissio ; est mera tantùm pollicitatio, ut vocabant Romani, sed quæ in jure nostro non admittitur, ut jam (nº 2) diximus. 2° *Gratuitò*, id est, absque ullo onere ex parte promissarii : unde intelligitur esse contractum unilateralem (nº 4). 3° *Liberè ;* et quidem requiritur voluntarium plenum seu purum, nec sufficit voluntarium mixtum (nº 27). 4º *Fidem suam alteri obligat*, id est, alteri jus aliquod conferre intendit. Unde promissio differt tum *a mero proposito*, in quo quis non intendit sibi novam imponere obligationem; adeò ut, si proposito desit, sit quidem inconstans, non verò violatæ fidei reus : tum *a donatione*, in qua res ipsa statim donatur ; dum in promissione donatur tantùm fides, ut ait Henno, qui ideo promissionem definit *Donationem fidei*. 5° *De re possibili et licita :* satis intelligitur et constat ex dictis. 6º *Et promissario grata;* alioquin non esset promissio, sed comminatio.

I. Si spectetur *promissionis natura*, 1° obligat saltem *ex fidelitate*. Nam sicut veracitas obligat ad conformanda verba externa cum mente, ita fidelitas obligat ad conformanda facta cum verbis præteritis : utrumque pariter requirit securitas commercii humani. Hæc autem obligatio non est per se gravis : idem dicendum de ista infidelitate, ac de mendacio.

2° Obligat etiam *ex justitia*. Hic est effectus communis contractuum : et in isto orietur, si intendant contrahentes ut valeat promissio quantùm ex natura sua valere potest. Nec obstat art. 893 Cod. civ., ex quo duo tantùm agnoscuntur modi disponendi gratuitò, nempe donatio et testamentum. Promittens non disponit, sed se obligat tantùm ad disponendum : est ergo conventio de qua non loquitur Codex, sed quæ vim habet juxta art. 1134.

Hinc 1. Sub isto respectu promissio obligat sub gravi. Attamen ex communi contrahentium intentione videtur requiri ad peccatum mortale majorem materiam ac in furto vel damno illato. Hinc 2. qui deest promissioni, tenetur reparare damnum emergens : sed non videtur teneri de lu-

cro quod promissarius ex ipsa re promissa, aut eâ mediante acquisiisset.

278. II. Si spectentur promissiones gratuitæ, *prout fieri solent inter homines*, 1° *sæpe nullam propriè dictam obligationem inducunt.* Sæpe enim homines qui utuntur his verbis, *Promitto, polliceor*, etc., nihil aliud intendunt nisi significare præsentem voluntatem et animi promptitudinem erga alios, non verò propriè promittere et aliquam obligationem sibi imponere. 2° *Sæpiùs* promissiones gratuitæ obligant *tantùm ex fidelitate*. Quando enim homines intendunt etiam verè promittere et se obligare, non ideo volunt ex justitia et graviter se obligare, quasi alteri conferant verum jus strictum. 3° *Aliquando* tamen obligant *ex justitia*, ut constat ex dictis : quando nempe promittens intendit jus strictum conferre, et promissarius illud acceptare. Illud autem locum habere judicandum est, v. g., si accedat juramentum seriò et deliberatè; si detur promissario chirographum, etc. In dubio autem non censetur adesse obligatio justitiæ et sub gravi; quæ non suscipitur nisi cum plena advertentia et cognitione.

ART. 2. *De promissione onerosa.*

279. Quemadmodum promissio gratuita refertur seu ordinem dicit ad contractum gratuitum, ita promissio onerosa ad contractum onerosum. Dicemus tantùm de promissione venditionis, de qua nonnulla occurrunt in Codice civili : quæ autem dicemus facilè applicari poterunt, proportione servatâ, aliis contractibus onerosis qui possunt esse objectum promissionis.

Promissio venditionis duplicis speciei distingui potest : altera unilateralis, quâ promittens se obligat quidem ad vendendum, si promissarius id exigat, sed promissarius non se obligat ad emendum; altera bilateralis, quâ unus se obligat ad vendendum, et alter ad emendum. Pariter promissio fieri potest vel simpliciter, vel arrhis interpositis.

280. I. *De promissione venditionis* BILATERALI. Statuit art. 1589 Codicis civilis, promissionem venditionis æquivalere venditioni, quando contrahentes consentiunt de re

et de pretio. Quonam sensu intelligenda sit ea dispositio, inter jurisperitos non constat. Ex ea sequitur venditorem obligari ad rem tradendam : sed non ideo statim transferri videtur dominium rei, nec illius periculum transire in promissarium, donec promissio completa fuerit per traditionem rei; contrahentes enim non intendunt dominium statim transferre. Ut tamen sua vis servetur articulo, addi potest cum quibusdam, elapso termino in promissione assignato ita perfici conventionem ut dominium statim transeat in promissarium, absque ullo novo contractu : sic verum est promissionem habere vim venditionis, quæ tamen non perficitur nisi eo tempore ad quod contrahentes voluerunt rejicere effectum suæ promissionis.

II. *De promissione venditionis* UNILATERALI. Olim, apud jurisperitos constabat validam esse hujusmodi promissionem, ac proinde aliquam producere obligationem : sed dissentiebant de hujus obligationis objecto, seu natura. Sub Codice civili, tali promissioni non applicatur art. 1589 : unde vim habet ut olim, quia nihil obstat ejus validitati; sed certè non æquivalet venditioni, quia aliud est promittere venditionem, aliud vendere. Interim ergo res omnino remanet sub dominio promittentis, et illius periculo : potest eam locare, imò et alteri vendere, valebitque venditio, et omnino securus erit emptor, si fuerit bonæ fidei. (Vid. dicta, n^is^ 122, 123).

281. III. *De venditionis promissione* CUM ARRHIS. Si promissio venditionis facta fuerit cum arrhis, quilibet e contrahentibus potest a contractu resilire : qui arrhas dedit, eas amittendo; qui verò accepit, duplum earum restituendo : ita art. 1590. Igitur per arrhas efficitur ut illa promissio non sit obligatoria, sed maneat in suspenso quamdiu ultrà progressi non sunt contrahentes, seu perfecta non fuit venditio.

Sed gravis quæstio est, an idem dicendum sit, quando adduntur arrhæ venditioni perfectæ? — Variæ fuerunt eâ de re juris dispositiones variis temporibus. Variæ sunt adhuc sub jure hodierno jurisperitorum opiniones : inter quas hæc observamus. 1° Si cognosci possit quænam fuerit

intentio contrahentium in adjiciendis arrhis, huic standum erit. Id admittunt aut supponunt omnes. 2° Quando dubium est an adfuerit venditio, an mera promissio venditionis, præsumenda est simplex promissio : ex eo quòd non constet de venditione, colligi potest conventionem non fuisse perfectam. Aliunde arrhæ adjici frequentiùs solent meris promissionibus quàm conventionibus perfectis. 3° Quando constat fuisse venditionem, sed non constat quâ intentione adjectæ fuerint arrhæ, non videmus rationem sufficientem cur venditioni applicetur art. 1590, qui non loquitur nisi de promissione venditionis ; ac proinde non admittimus facultatem resiliendi : arrhæ tunc haberi debent veluti pignora ad securitatem conventionis, non verò ut facilitas concessa ad eam dissolvendam.

CAPUT II.

DE DONATIONE, SIVE INTER VIVOS, SIVE PER TESTAMENTUM.

282. Hic, sicut in Codice civili, complectimur sub communi titulo quæcumque spectant ad dispositionem bonorum titulo gratuito, quia multa sunt donationibus et testamentis communia. Ante omnia statuit art. 893 nonnisi duplicem modum admitti disponendi de bonis titulo gratuito, donationem et testamentum. Mox expendemus utrùm et quatenus excludantur alii modi.

I. Donatio inter vivos definiri potest : *Contractus quo quis actualiter et irrevocabiliter dominium rei suæ alteri gratuitò transfert.* Ita ferè iisdem verbis art. 894 Cod. civ.

Dicitur 1° *Contractus* : in Codice civili dicitur simpliciter *Actus*, quia non exoritur obligatio nisi ex parte donatoris : sed exinde sequeretur tantùm non esse nisi contractum unilateralem ; insuper aliquando donatario imponuntur onera, ut apertè supponit art. 953, et tamen dicitur donatio, non quidem merè gratuita, sed mixta : nec posset donatarius donationem semel acceptatam repudiando se eximere ab implendis oneribus. — 2° Quo

quis *Actualiter :* idea donationis includit ideam translationis dominii ; unde necesse est ut donator actualiter illi renuntiet. Inde ortum est vetus juris Gallici axioma : *Donner et retenir ne vaut.* Hinc, ex art. 943, non valet donatio bonorum futurorum, id est, bonorum quæ donator non possidet et super quibus nullum habet jus sive absolutum, sive conditionatum : et revera donator transferre nequit dominium bonorum quæ nondum habet ; et insuper penès ipsum esset donationem omni effectu frustrare, non acquirendo hæc bona. Excipiuntur donationes quæ fiunt per contractum matrimonii ; art. 947, 1082, 1093 : de quibus dicemus in decursu. — 3° *Irrevocabiliter :* habetur enim tanquam præcipuus donationis character ut a donatore revocari nequeat. Hinc irrita est donatio sub conditione quæ pendeat a sola voluntate donatoris ; art. 944. Item donatio facta sub onere solvendi alia debita quàm quæ existunt tempore donationis, aut in ipso actu donationis, seu instrumento ipsi annexo, exprimuntur ; art. 945 : alioquin penderet a donatore irritam reddere donationem, nova debita contrahendo. Hinc demum si donator sibi reservaverit facultatem disponendi de aliquo objecto in donatione incluso, quoad illud irrita erit donatio, adeò ut, si ante mortem de illo non disposuerit, pertineat ad donatoris hæredes ; art. 946 : quoad tale objectum donatio non fuit irrevocabilis, nec proinde valida. — 4° *Gratuitò*, ut distinguatur donatio ab aliis contractibus. Id autem non est in eo sensu intelligendum, quòd nullum onus donatario imponi possit ; contrarium supponit ipsemet Codex, ut modò diximus ; sed duo includit : ut donatio, quæ est actus liberalitatis, sit saltem ab initio utilis donatario, nec proinde oneribus compensentur commoda ; ut donator aliud det quàm quod debet ; alioquin non erit donatio, sed solutio. — 5° *Transfert dominium*, sive plenum, sive imperfectum, v. g., usumfructum, etc. — 6° *Rei suæ :* non enim donari potest res aliena, ut jam vidimus (n° 124). Nec donator tenetur donatarium indemnem præstare in casu evictionis, nisi ad id se expressè obligaverit ; quia censetur velle transferre tantùm jus quod habet. Si tamen

fuerit malæ fidei, debet compensare sumptus quos donatarius in re donata fecit.

283. II. Testamentum definitur : *Actus revocabilis quo quis disponit de bonis suis, aut de certa illorum parte, pro tempore mortem subsecuturo.* Ita ferè art. 895.

Dicitur 1° *Actus*, non verò *Conventio;* quia in testamento concurrit tantùm voluntas testatoris. — 2° *Revocabilis :* ut dicitur in jure Romano, *Ambulatoria est voluntas hominis usque ad vitæ supremum exitum.* Illa revocabilitas ita essentialis est, ut testator huic renuntiare nequeat : hinc non ampliùs admittuntur clausulæ quæ olim dicebantur derogatoriæ, seu revocatoriæ, quibus scilicet declarabat testator non valiturum esse testamentum novum, nisi talia aut talia verba adhiberentur. — 3° *Quo quis*, in numero singulari, quia testamentum debet exprimere voluntatem unius personæ tantùm : si in eodem actu a pluribus fieret, esset irritum; art. 968. Sic suppressum est testamentum quod dicebatur *conjunctivum*, sive *mutuum*. — 4° *Disponit;* quæ vox duo indicat : sufficere ut testator disponat, sive per institutionem hæredis, sive per legatum, sive quocumque alio titulo ex quo voluntas illius innotescat ; art. 967 : requiri ut testator verè disponat; quia si ipse non disponat, sed alteri disponendum relinquat, non adest testamentum. Sed quo sensu illud sumendum sit, seu quousque extendendum, non constat apud jurisperitos. — 5° *De bonis suis*, quia si quis sub forma testamenti exprimat voluntatem suam de objecto bonis suis extraneo, non erit testamentum, cui lex tribuat vim executoriam. — 6° *Aut de certa eorum parte*, quia potest testator, si velit, non disponere nisi de parte bonorum ; tunc cætera transibunt ad hæredes naturales. — 7° *Pro tempore mortem subsecuturo*, quia *Ubi testamentum est*, ut ait S. Paulus, *Hebr.* ix, 16, *mors necesse est intercedat testatoris : testamentum enim in mortuis confirmatum est; alioquin nondum valet, dum vivit qui testatus est.*

Ex his intelligitur præcipuum discrimen inter donationem et testamentum in eo positum esse, quòd donatio statim transferat dominium, et quidem irrevocabiliter ; testa-

mentum verò revocari possit, nec effectum habeat quamdiu vivit testator.

284. III. Inter donationem et testamentum quasi medium tenet quæ dicitur DONATIO IN CAUSA MORTIS. Hujus natura accuratè investiganda est, ut dignoscamus an sub jure nostro locum habere possit. Hæc definiri potest : *Conventio quâ quis actu quidem donat, sed ita ut velit rem non esse absolutè et irrevocabiliter donatarii ante mortem suam, et interim possit eam repetere :* unde donator seipsum anteponit donatario, donatarium autem hæredi suo. Hæc igitur donatio differt a testamento, quia fit ex mutuo consensu donatoris et donatarii, cujus acceptatio requiritur ; sicque non est tantùm actus, sed contractus, participatque naturæ donationis inter vivos. Differt autem a donatione inter vivos, quia revocabilis est ad nutum donatoris usque ad obitum suum : sicque participat naturæ testamenti; et dicitur *in causa mortis,* non solùm, imò nec præcipuè, quia fit intuitu mortis, sed quia non est *perfecta*, seu irrevocabilis, *antequam mors insequatur,* prout dicitur in jure. Ex quo intelligitur donationem in causa mortis fieri, non sub conditione suspensiva, ut supponunt quidam auctores, sed sub conditione resolutoria.

Jam verò sub jure nostro veteri, statutum fuerat per Edictum an. 1731, donationes in causa mortis, iis exceptis quæ fiebant per contractum matrimonii, non valituras nisi fierent in forma testamentorum : unde non sublatæ fuerant hæ donationes, sed tantùm earum forma determinata. Hodie longiùs progressus fuisse videtur legislator: articulus enim 893 videtur attingere non solùm formam, sed et ipsam dispositionis substantiam, cùm statuat neminem posse disponere titulo gratuito nisi per donationem inter vivos, aut per testamentum, et utrumque statim definiat ad removendum alium quemcumque modum. Hinc admitti non posse donationes in causa mortis docent multi jurisperiti, quibus tamen alii contradicunt. Possent forsan duæ opiniones aliquatenus conciliari. Agnoscere debent omnes, non vigere donationes in causa mortis, in eo sensu quòd detur quidam modus disponendi in causa mortis

diversus a testamento. Sed si quis, servando formam testamenti, faceret dispositionem, revocabilem quidem, sed in qua concurreret donatarii acceptatio, nil vetaret hanc dici donationem in causa mortis, aut saltem aliquid simile. Porrò non invalidam fore talem dispositionem agnoscunt multi etiam ex iis qui stant pro abrogatione donationis in causa mortis. Cæterùm etiam admisso principio de abrogata donatione, in causa mortis, præcipuè intererit expendere an illud extendendum sit usque ad donationes manuales : de quo postea (nº 316).

285. His præmissis, exponendas habemus regulas quæ spectant tum donationes inter vivos, tum testamenta. Quædam ex iis regulis sunt utrique communes ; quædam speciales testamento, vel donationi, vel certis donationum speciebus. Ad scopum nostrum interest, ut non solùm eas dignoscamus, sed præsertim ut investigemus quamnam vim in conscientia habeant. Ut illud faciliùs et accuratiùs assequamur, opportunum putamus eum ordinem sequi, ex quo statim appareat in quo conveniant, in quo discrepent regulæ donationum inter vivos, et regulæ testamentorum. Quapropter agemus 1° de capacitate donandi et accipiendi ; 2° de parte bonorum quæ dari potest ; 3° de forma in dando servanda; 4° de revocatione donorum ; 5° tandem de regulis quasdam donationum species peculiariter respicientibus.

ART. 1. *De capacitate donandi et accipiendi.*

286. Capacitatem donandi *inter vivos* ab ipso jure naturali oriri, satis constat. Semel enim inducto dominio, ut expositum fuit in Tr. *de Justitia* (nº 17), nil obstat quin dominium habens ei renuntiet eâ conditione ut alter per suam acceptationem illud acquirat.

At verò si agatur de transmissione per *testamentum*, multi docent hanc facultatem non posse deduci ex jure naturali, sed oriri *a jure civili*. Ita plurimi publicistæ, jurisperiti, theologi, et canonistæ. — *Prob.* Ad dominii translationem necesse est ut voluntas et potestas transferentis cum acceptatione acquirentis concurrant eo tem-

pore quo fit alienatio; illud principium satis intelligitur ex antea dictis : atqui hæc tria in testamento concurrere nequeunt. Nam vivente testatore deest voluntas : nec testator dominium transfert, nec legatarius cum effectu acceptare potest. Mortuus autem testator transferendi jus non habet, quia ***Mors omnia jura solvit***, et dominium bonorum fortunæ cum homine exstinguitur. Ergo, etc. Uno verbo, irrita est naturaliter dispositio quæ refertur ad tempus quo disponens erit inhabilis (nº 150) : atqui ita fit in testamento.

Alii tamen dicunt facultatem testandi oriri *a jure naturali*. Ita etiam non pauci publicistæ, jurisperiti, et theologi.

Prob. 1º *Ex auctoritate.* Videmus vigentem usum testamenti jam a temporibus remotissimis. Citari potest exemplum Abrahami, *Genes.* xv, 3. Idem constat de omnibus, aut ferè omnibus populis : ubiquè æquitati convenire visum est voluntatem defuncti ratam haberi. Porrò quod adeò universaliter receptum fuit, juri civili tribui nequit. 2º *Ex ratione.* Ex una parte, non satis clarè ostenditur, repugnare dispositionem factam ab homine, dum vivit, et post illius mortem effectum consecuturam. Ex altera, hæc facultas est moraliter necessaria bono societatis. Nam duo includit; facultatem transmittendi bona, et quidem modo usque ad mortem revocabili : atqui utrumque moraliter necessarium est. Prius quidem : tum ut parentes possint providere sorti filiorum ; tum ut foveatur eorum industria; tum denique ut vitentur rixæ et lites, subsecuturæ si bona defuncti relinquantur primo occupanti. Posterius etiam : tum quia durum est ut parens per vitam suam teneatur irrevocabiliter se spoliare dominio bonorum suorum ; tum quia plurimi interest ut foveatur ipsius auctoritas, jus ipsi reservando unicuique e filiis, propinquis aut amicis dandi, vel non dandi, pro uniuscujusque merito. Ergo, etc.

Alii demum, ut itent difficultates utriusque opinionis, quasi mediam viam tenent. Juxta quosdam, facultas testandi habet quidem fundamentum in jure naturali, sed vim totam et ultimam haurit e jure civili, eo ferè modo

quo diximus *de Successione ab intestato* in Tr. *de Justit.* (nº 120). Juxta alios, testamenti origo deducenda est *ex jure gentium* : scilicet, inquiunt, illa facultas est æquitati naturali omnino consentanea; ideo ex conventione expressa vel tacita hominum orta est, quando facta est rerum divisio, vel saltem a remotissimis temporibus.

Inter illas opiniones, hæc adnotamus. — 1º Potestas principis ferendi circa testamenta leges quæ obligent in conscientia ante sententiam judicis, satis adstruitur independenter a præsenti quæstione (nº 52). Ex altera parte, etiam admissâ primâ opinione non statim concludi potest irrita esse ante sententiam testamenta formis legalibus destituta (nº 333). Igitur illa quæstio non est magni ad praxim momenti. — 2º Stando principiis generalibus quibus reguntur contractus et transmissio bonorum, prævalere nobis videtur prima opinio. Sed cùm bonorum divisio ex hominum conventione expressa vel tacita, aliquâ saltem ex parte, repetenda sit, fieri potuit ut homines sibi reservarent aut reservare censerentur facultatem disponendi per testamentum; tunc quodam sensu facultas testandi tribuenda erit juri naturali aut juri gentium : sed an ita factum sit, est satis dubium.

287. His expositis, investigandum nunc habemus quid de capacitate donandi et accipiendi statuerit jus civile. Porrò agnoscit Codex civilis, art. 902, eos omnes posse donare et recipere quos lex non declarat inhabiles : satis erit ergo indicare quinam inhabiles declarentur, et simul exponere, præsertim in ordine ad forum conscientiæ, naturam et vim illius inhabilitatis.

Porrò inter eos qui ex jure declarantur inhabiles, quidam sunt absolutè inhabiles, sive ad donandum, sive ad recipiendum ; quales mortui civiliter, ex art. 25 : quidam sunt tantùm inhabiles ad donandum, non verò ad recipiendum ; quales interdicti, etc. : alii demum non sunt inhabiles nisi relativè, id est, non possunt donare tali personæ aut ab ea recipere, sed possunt donare cuicumque alteri, aut ab eo recipere.

De inhabilitate mortuorum civiliter jam satis diximus

in prima parte (n° 101 et seq.) : de cæteris inhabilitatis causis nunc loquemur; primùm quidem de inhabilitate ad donandum, deinde de inhabilitate ad recipiendum.

§ 1. *De inhabilitate ad donandum.*

288. I° De minoribus. — 1° *Ante annum ætatis* XVI *completum*, minor non potest dare, neque per donationem, neque per testamentum; art. 903. Lex cavere voluit ne ex ætatis fragilitate damnum sibi inferret. Excipiuntur 1. casus matrimonii : potest dare per contractum matrimonii quidquid dare potest major, art. 1095, 1309, 1398 ; ex axiomate, *Habilis ad nuptias, habilis est ad matrimonii consequentias*. 2. Parvæ donationes quæ fiunt de manu ad manum : id saltem satis probabile (n° 93). — 2° *Post annum ætatis* XVI, possunt minores donare per testamentum; sed dimidiam partem tantùm bonorum quæ dare possent, si majores essent ; art. 904.

Nota. Quæ statuuntur de minoribus, nullatenus pendent ab emancipatione : id est, non requiritur minorem esse emancipatum, ut possit ea præstare quæ ipsi permittuntur ; neque amplius præstare potest, licèt emancipatus.

289. II° De uxoribus. — 1° Uxor potest *per testamentum* disponere; art. 905 : testamentum refertur ad tempus quo non ampliùs stabit auctoritas maritalis (n° 98). — 2° Quoad *donationem inter vivos*, statuit idem art. 905, uxorem non posse donare sine consensu speciali mariti, vel auctoritate judicis. Quod satis strictè sumunt jurisperiti, quia mariti valde interest ne donationes ab uxore sua fiant.

290. III° De interdictis. — Ex art. 901, non possunt donare il qui non sunt sanæ mentis. Hinc satis patet eum qui fuit interdictus nec validè donare, nec testamentum conficere posse (vid. n° 95). Si datum fuerit tantùm concilium judiciarium, vid. quæ diximus (n° 96).

291. *Nota*. Eâ occasione disserunt jurisperiti de donationibus vel testamentis obtentis *per captationem et suggestionem ;* item de dispositionibus quæ dicuntur *ab irato*. Duplex ille modus impugnandi dispositiones olim locum dabat multis litibus : hodie cùm sileat lex, recurrendum

est ad principia generalia antea exposita *de Dolo et de Metu.*

292. IV° DE BONORUM CESSORIBUS, gallicè DES FAILLIS.

Quando declaratus est juridicè eorum status, amittunt administrationem bonorum suorum, nec proinde donare possunt. Imò irritæ declarantur donationes factæ intra decem dies quæ præcesserunt cessationem solutionum. Quæ autem antea factæ sunt, possunt irritæ declarari, si probetur eas fuisse fraudulentas. Hæc omnia jam exposuimus in prima parte (n° 244 et seq.).

293. V° DE MONIALIBUS. — Ex decreto 18 februarii 1809, art. 9 et 10, moniales quæ dicuntur *hospitalières*, non poterant disponere inter vivos, sed tantùm per testamentum. Ex lege autem 24 maii 1825, art. 5, hæc tantùm restrictio apponitur juri personarum pertinentium ad communitatem legaliter agnitam : non possunt donare inter vivos, vel per testamentum, sive communitati, sive alteri ex ejus membris, nisi quartam partem bonorum. Hæc tamen prohibitio non attingit donationem aut testamentum quæ non excedunt summam decem millium francorum ; neque respicit casum, quo donataria vel legataria est hæres in linea recta donatricis vel testatricis. Est ergo inhabilitas tantùm relativa.

§ 2. *De inhabilitate ad recipiendum.*

294. Hic præcipuè occurrit distinctio allata (n° 287) inter inhabilitatem absolutam et relativam, quæ, ut facilè intelligitur, confundi non debet cum nullitate absoluta et relativa, de qua in parte I.

1° *De inhabilitate* ABSOLUTA *ad recipiendum.* — I. Absolutè inhabilis est ad recipiendum *qui nondum conceptus est.* Satis patet eum qui non existit non posse recipere : sed coram lege existere censetur qui jam est conceptus. Ex art. 906, ut quis recipiat ex donatione inter vivos, sufficit ut fuerit conceptus tempore donationis ; ut verò recipiat ex testamento, tempore quo moritur testator. Requiritur tamen ut infans nascatur *vitalis*, eodem sensu quo dictum fuit quoad successiones ab intestato in Tr. *de Justitia*,

(nº 122). Ratio discriminis inter casum donationis et casum testamenti intelligi potest ex dictis (nis 133, 137).

Ex prima illa inhabilitatis causa concluditur fieri non posse dispositiones in gratiam institutorum utilitatis publicæ nondum existentium : si quæ factæ fuerint, pro irritis habentur, nec generatim conceditur approbatio regia de qua infrà (nº 299).

II. *Extranei* ex jure veteri, et etiam ex art. 912 Cod. civ., subjiciebantur variis restrictionibus : sed per legem 14 julii 1819 abrogatus est art. 912, et extraneus potest recipere et disponere quemadmodum regnicola.

295. IIº *De inhabilitate* RELATIVA *ad recipiendum*.

I. Inhabilis est *tutor erga minorem*. Ex art. 907, tutor, nisi sit e numero ascendentium, nihil potest accipere a pupillo suo, sive inter vivos, sive per testamentum, etiamsi ad XVI ætatis annum pervenerit; imò etiamsi majoritatem attigerit, nisi redditæ sint tutelæ rationes. Timuit legislator ne hujusmodi dispositiones carerent plenâ spontaneitate, et ne tutor auctoritate suâ abuteretur in pupilli detrimentum : unde statuit præsumptionem generalem, contra quam nulla probatio admitti potest. — Huc referri potest, propter connexionem materiæ, art. 472, quo prohibetur omne pactum inter minorem et tutorem, donec fuerit reddita tutelæ ratio, et tradita hujus instrumenta : ne scilicet tutor, qui rerum statum cognoscit, possit decipere minorem, qui censetur ignorare, donec redditam sibi tutelæ rationem potuerit expendere. Ex dictis intelligitur eam nullitatem inniti præsumptioni generali, ac proinde vim suam habere, etiamsi in casu peculiari nec dolus, nec ulla machinatio adfuerit ex parte tutoris (nº 69). Intelligitur etiam vim habere in foro conscientiæ, cùm hæc motiva ad bonum publicum spectent. Cùm tamen lata sit directè in utilitatem minoris, est tantùm nullitas relativa, et a solo minore invocari potest, non verò ab ipso tutore (nº 72).

296. II. *Medici, chirurgi, pharmacopolæ, et ministri cultûs divini,* qui operam alicui in ultimo morbo præbuerunt, nihil ab eo possunt recipere titulo gratuito, nec per

se, nec per alios, per dispositionem in illo morbo conditam, nisi sint vel hæredes directi, vel hæredes collaterales in quarto gradu aut infrà, deficientibus hæredibus directis, art. 909. Ratio, juxta omnes, desumitur ex imperio quod in mentem ægroti exercere possunt ii de quibus agitur : est proinde nullitas ejusdem generis ac ubi agitur de tutore ; et eodem modo ratiocinandum est de utraque in foro conscientiæ. Huic non subjicitur medicus qui solummodo vocatur consilii causâ (*en consultation*) ; item nec pharmacopola qui solummodo medicamenta præbuit : nec minister cultûs qui solummodo ministravit extremam unctionem aut sacram communionem, cùm hæc publicè fiant; sed subjicerentur ministri acatholici qui, licèt confessionem non excipiant, dici tamen debent conscientiam dirigere.

Excipiuntur ex eodem art. donationes remuneratoriæ, factæ titulo particulari, modò sint proportionatæ facultatibus donantis, et officiis præstitis : non censentur factæ titulo gratuito. Idem dicendum, propter eamdem rationem, de donatione facta confessario ut missas celebret. Excipiunt etiam auctores medicum qui curam præbet suæ conjugi.

297. III. *Filii illegitimi erga parentes.* Ex art. 908, nihil possunt recipere a parentibus, id est, a patre vel matre, sive inter vivos, sive per testamentum ultra id quod eis conceditur in titulo *de Successionibus* : scilicet si sint adulterini aut incestuosi, mera alimenta, juxta art. 762 et seq. : si verò sint simpliciter spurii, et pater vel mater relinquant descendentes legitimos, tertiam partem portionis hæreditariæ quæ eis obtigisset, si fuissent legitimi ; dimidiam partem, si pater aut mater relinquant ascendentes, vel fratres aut sorores ; tres partes, si nullos ex his relinquant ; et integram hæreditatem, si non supersint hæredes in gradu successibili. Ita art. 757 et 758.

Ex discussionibus legis intelligitur, et agnoscunt plerique jurisperiti voluisse legislatorem favere matrimonio, fovere bonos mores, et aliquatenus punire parentes : idque certum videtur quoad filios adulterinos vel incestuosos, cùm vigeat inhabilitas etiam quando nulli adsunt hæredes

in gradu successibili. Sed quoad spurios, quidam jurisperiti dicunt prohibitionem latam fuisse præcipuè in utilitatem hæredum : illudque deducunt præsertim ex eo quòd major vel minor pars tribuatur filiis spuriis, pro numero et diversitate hæredum; imò tribuatur tota hæreditas, quando alii non adsunt hæredes. Verùm existimamus legislatorem simul respexisse ad bonos mores. Unde concludimus legem vim habere in foro conscientiæ : et quidem probabiliùs etiam quoad eos qui legaliter non agnoscuntur ut illegitimi, quos proinde lex non attingit in foro externo.

298. *Nota.* Olim *Concubini* sibi invicem donare non poterant, saltem ex jure ferè ubiquè in Galliis recepto. Hodie admissa non fuit hæc inhabilitatis causa, quæ locum dabat multis scandalis. Aliquando tamen irritari poterit dispositio, vel ob causam illicitam, art. 1131, 1133; vel ut facta personæ interpositæ, si adsit filius ex commercio illegitimo, art. 908, 911, 762; vel demum ratione captationis, qualis hodie admitti potest (nº 291).

299. IV. Donationes inter vivos aut per testamentum factæ *xenodochiis*, *pauperibus alicujus communitatis*, *et variis utilitatis publicæ institutis*, v. g., fabricis, seminariis, monasteriis feminarum, etc., effectum non obtinent nisi approbatæ fuerint Edicto regio. Ita art. 910. Seriem legislationis eâ de re jam exposuimus in Tr. *de Justitia* (nº 55). Nonnulla dicemus in art. 3 de modo obtinendi approbationem regiam. Motiva hujus prohibitionis non sunt repetenda ex utilitate hæredum naturalium donatoris, sed ex ordine publico : voluit legislator præcavere ne nimiùm excrescerent bona quæ dicuntur *de Mainmorte*, ne nimiùm ditescerent quædam communitates, vel ne subjicerentur conditionibus nimis onerosis, etc. Ratio quidem habetur statûs hæredum, sed nonnisi secundariè. Neque hæc approbatio exigitur ad tollendam incapacitatem; agnoscunt enim ipsi oratores Gubernii hæc instituta non esse incapacia accipiendi : prohibitio ergo legis non tam respicit habilitatem donatarii, quàm formam in donationis acceptatione servandam, de qua Infrà.

Cæterùm hæc prohibitio non respicit nisi dispositiones fac-

tas *titulo gratuito*. Si igitur fiat dispositio titulo oneroso, necessaria quidem erit approbatio regia, si agatur de bonis immobilibus, quæ sinè illa non possunt acquiri a communitatibus; secùs verò, si agatur de bonis tantùm mobilibus. Hinc si quis summam pecuniæ, aut aliud bonum mobile legaverit, ut missæ pro ipso celebrentur in tali ecclesia vel a tali communitate, non deberet applicari prohibitio legis, quamvis aliud judicent aliquando tribunalia. Prohibitio non respicit etiam *donationes manuales*, quas ostendemus non subjici formis pro donationibus præscriptis. Ita fert praxis communis : neque alius sensus legi tribui posset, quin nimiùm coarctaretur libertas disponendi, et gravissimum damnum inferretur multis communitatibus.

Tales sunt variæ inhabilitatis causæ in jure nostro statutæ. Metuens legislator ne eluderentur illæ prohibitiones recurrendo vel ad interpositionem personarum, vel ad contractus simulatos, nullitatem pro utroque casu statuit art. 911, cujus vim et sensum exposuimus (n° 78 et seq.).

ART. 2. *De parte bonorum quæ dari potest.*

300. Cùm natura ipsa imponat varia officia, v. g., parentibus erga liberos, et liberis erga parentes, etc., apud varios populos æquum judicavere legislatores intra certos limites coarctare facultatem de bonis disponendi, tam inter vivos quàm per testamentum. Apud nos Codex civilis generatim assignavit quamdam bonorum partem indisponibilem in certis casibus, quæ reservatio dicitur : de altera parte potest dominus disponere, sive in gratiam unius ex hæredibus, sive in gratiam extraneorum. Si disponat in gratiam unius ex hæredibus naturalibus, locus esse potest collationi, gallicè *au rapport;* de qua satis diximus in Tr. *de Justitia* (n° 131). Sive autem disponat in gratiam unius ex hæredibus, sive in gratiam extraneorum, si attingat reservationem, vel aliis verbis, si excedat portionem disponibilem, locus est reductioni donationis. Loquemur ergo 1° de reservatione per legem determinata; 2° de donationum reductione.

301. I° *De* RESERVATIONE *per legem determinata.* —

Observandum est reservationem ad eos quibus tribuitur a lege pertinere *jure proprietatis, non crediti :* unde sequitur eam generatim exsolvendam esse in natura, nec tantùm in æquivalenti; et hæredem etiam non beneficiarium nunquam de ea teneri ultra vires hæreditatis. Variè autem determinatur pro variis hypothesibus.

1° *Si supersint soli collaterales*, nulla existit reservatio in eorum gratiam. Ita art. 916. Attamen in foro conscientiæ non sunt frustrandi collaterales absque motivo : id quædam naturalis æquitas omnibus dictare videtur; unde qui frustraret etiam propinquiores, peccare posset etiam graviter, inquit D. Bouvier. Ratio tamen habenda est omnium circumstantiarum ; et saltem non peccaret contra justitiam, nec legatarii ad restitutionem tenerentur.

2° *Si supersint ascendentes, non verò descendentes*, sic determinatur reservatio. Si adsint in utraque linea, paternâ et maternâ, reservatur dimidia pars bonorum; si verò in una tantùm, reservatur quarta pars. Ita art. 915. Non constat apud jurisperitos quid intelligendum sit per illam dimidiam vel quartam partem bonorum, quæ reservatur ascendentibus. Quidam intelligunt dimidiam vel quartam partem eorum quæ percepissent ab intestato, ac proinde nonnisi quartam vel octavam partem, quando pater et mater concurrunt cum fratribus defuncti, juxta art. 748. Sed communiùs intelligunt dimidiam aut quartam partem omnium bonorum.

3° *Si supersint descendentes*, hæc statuit art. 913 : ille cui superstes est unicus filius legitimus, potest disponere de dimidia parte bonorum ; si duo, de tertia parte; si tres aut plures, de quarta tantùm parte. Ex art. 914, sub nomine filiorum intelliguntur etiam nepotes, et alii posteri in quocumque gradu : ita tamen ut numerentur tantùm pro filio quem repræsentant in successione de qua agitur ; id est, ut filii, quotcumque sint, non habeant simul majorem reservationem, quàm haberet eorum pater, si viveret. Si quidam e filiis renuntient successioni, non ideo mutatur portio disponibilis ; v. g. si tres sint filii, et unus renuntiet, disponibilis erit quarta pars, non tertia : ita communiter

jurisperiti, quia articulus loquitur de *filiis quos pater relinquit*, absque ulla distinctione.

302. Tales sunt juris dispositiones circa reservationem : de quibus duo observabimus. — 1° Lex quæ reservationem determinat habenda est aliquomodo ut attributiva proprietatis, cùm assignet quænam jura unicuique competant : igitur, juxta principia exposita (nº 68), actus contra eam legem initi habendi sunt ut irriti in conscientia etiam ante sententiam judicis. Cùm tamen ex art. 921 reductio postulari possit solummodo ab iis in quorum gratiam reservatio constituta est, prout modò explicabimus, dici potest licitum esse donatario exspectare donec eam postulent, sed non potest exspectare sententiam. Vid. quæ dicemus infrà (nº 335).

2° Nulla reservatio assignatur conjugi superstiti. Attamen postulant mutua conjugum officia ut sibi invicem opitulentur : et talis obligatio per mortem alterutrius solvi non debet; nec enim sinit æquitas ut conjux superstes, si bona propria non habeat, ad statum miseriæ redigatur, vel cogatur sibi providere convolando ad secundas nuptias. Hinc communiter reprehenditur hæc omissio Codicis nostri, et agnoscunt jurisperiti favendum esse, quantum fieri potest, conventionibus inter sponsos ineundis. Imò sæpe in conscientia agnoscenda est obligatio faciendi hujusmodi donationes, quæ non tam ut liberalitas, quàm ut solutio debiti sacratissimi habendæ sunt.

303. II° *De donationum* REDUCTIONE. — Ut lex provideat exsecutioni eorum quæ statuit circa reservationem, præcipit fieri reductionem donationum quæ excedunt tempore quo moritur donator portionem disponibilem; art. 920. Unde donatio partis indisponibilis non est absolutè irrita, sed reductibilis tantùm. Exponendum habemus, 1° a quibusnam postulari possit hæc reductio; 2° quomodo fieri debeat; 3° quinam sint illius effectus.

I. *A quibusnam postulari possit reductio.* Vel agitur de donationibus inter vivos, vel de dispositionibus testamentariis. — 1° Quoad *donationes*, reductio postulari potest tantùm ab iis in quorum gratiam constituta est reserva-

tio, vel ab eorum causam habentibus : quo nomine designantur eorum creditores, et ii quibus concessêre, gallicè *cessionnaires*. Hinc donator ipse non potest postulare reductionem, licèt donationes sint immodicæ. Hinc etiam donatarii, legatarii, creditores defuncti non possunt reductionem postulare, vel ex ea lucrum consequi; art. 921. — 2° Quoad *dispositiones testamentarias*, reductio postulari poterit a creditoribus defuncti, quia legatarii nihil exigere possunt nisi solutis debitis defuncti.

304. II. *Quomodo fieri debeat reductio*. Distinguendum est : vel adsunt solummodo donationes inter vivos, vel solùm dispositiones testamentariæ, vel utraque simul. — 1° *Si non adsint nisi donationes inter vivos*, reductio fit incipiendo a novissima, et retrò ascendendo usque ad primam, si opus sit, ut integra obtineatur reservatio. Ita statutum fuit, tum quia novissimæ donationes solæ lædunt reservationem, tum quia alioquin donator haberet medium donationem revocandi. — 2° *Si non adsint nisi dispositiones testamentariæ*, reductio æqualiter eas omnes attingit, nisi contrarium statuerit testator; art. 926, 927. Ratio est, quia omnes illæ dispositiones vim non obtinent nisi moriente testatore, ac proinde eodem tempore. — 3° *Si adsint simul dispositiones inter vivos, et testamentariæ*, priùs exhauriendæ sunt dispositiones testamentariæ; art. 923. Jus acquisitum donatariis tolli non potuit per testamentum, quod nonnisi moriente testatore vim obtinet.

305. III. *De effectibus reductionis*. Considerari possunt quoad ipsa bona, et quoad eorum fructus. — 1° *Quoad bona ipsa*, si adhuc exstent apud donatarium, redeunt ad hæredes libera ab oneribus quæ ipsis imponere potuit donatarius; art. 929. Donatio enim censetur facta sub conditione conferendæ, si opus sit, reservationis : ipse autem donatarius transferre non potuit jus quod non habebat. Si verò alienata fuerint, reductio attinget eos qui ea acquisierunt, secundùm ordinem acquisitionis; sed recursus adversùs eos non competit nisi quatenus a donatario nequit hæres obtinere quod necessarium est ad complendam reservationem. Ita art. 930. — 2° *Quoad fructus*, donata-

rius debet restituere fructus perceptos a die obitûs donatoris, si intra annum facta fuerit petitio : secùs, a die petitionis; art. 928. Cùm verò non obligetur ad restituendum fructus perceptos ante obitum donatoris, signum est donationem fructuum esse omnino absolutam, et sinè periculo revocationis ad obtinendam reservationem : quemadmodum vidimus in Tr. *de Justitia* (n° 131) donationem fructuum factam uni ex hæredibus immunem esse a collatione.

306. Hinc sequitur eum qui jam dedit portionem disponibilem, v. g., patrem qui eam dedit filio per contractum matrimonii, posse nihilominus disponere de reditibus suis etiam per donationem. Etenim ex principio generali locus esse non potest reductioni nisi quando donatio excedit portionem disponibilem : cùm ergo art. 928 modo absoluto pronuntiat reductionem non attingere fructus perceptos ante mortem donatoris, supponit casum quo donatio verè excedit. Et revera ille qui dedit portionem disponibilem non ideo excidit a jure fruendi suis bonis, seu consumendi suos reditus : porrò nimiùm coarctaretur jus illud, si non posset ex his reditibus donare directè, vel indirectè.

At verò res videri potest non adeò aperta, si agatur de donatione facta uni ex filiis. Ratio dubitandi desumi potest ex scopo legis. Voluit statuere æqualitatem inter hæredes : porrò hìc prorsus tollitur ea æqualitas. Quid enim huic magis contrarium, quàm si unus ex filiis, v. g., cum reditibus a se perceptis possit cohæredibus solvere integram eorum portionem, et sic omnia bona ipse retineat, ut non rarò accidit? Igitur videretur tantùm permitti posse dona modica, qualia fieri consueverunt in familiis honestis.

Attamen plura obstant ne lex in eo sensu intelligatur. Art. 856 non minùs est absolutus in ordine ad collationem, quàm art. 928 in ordine ad reductionem : dicendum ergo fructus seu reditus non cadere sub reservatione. Et revera videtur unicuique permitti libera redituum suorum dispositio. Insuper præsumitur quòd, nisi pater reditus suos filio reliquisset, eos verisimiliter consumpsisset ; et aliunde

satis providetur aliis filiis, modò intacta remaneat bonorum proprietas. — Hæc secunda opinio anteponenda videtur; sed non debet applicari nisi fructibus, seu reditibus : illi reditus semel a patre percepti possunt sortem efformare, *être*, ut aiunt, *capitalisés;* tunc cæteris bonis æquiparantur, et attinguntur per legem de portione indisponibili. Cùm dispositio specialis quoad fructus in eo aliquatenus fundetur quòd donator verisimiliter reditus consumpturus fuisset, nisi eos donasset, exigendum videtur ut donentur per modum redituum, seu, ut dicitur, *à fur et mesure.* Cavendum pariter ne admittatur fraus contra legem : v. g., si agatur de censu vel pensione annua promissis a patre uni ex filiis, quæ excedant illius reditus annuos, adeò ut partes quas quotannis non exsolvit molem efforment quæ post illius obitum magnam hæreditatis partem absumat, liberum esse debet tribunalibus pronuntiare reductionem, adeò ut quæ filio tunc debentur non excedant portionem disponibilem. Idem dicendum, licèt pensio non superet reditus, si pater eam solvendo non exigat solutionis testimonium, ut possit filius post ejus mortem solutionem denuo postulare.

Art. 3. *De forma in dando servanda.*

307. Dicemus 1° de forma servanda in donationibus inter vivos; 2° de forma servanda in testamentis; 3° expendemus utrùm et quatenus irrita sint in foro conscientiæ donationes et testamenta in quibus servata non fuit forma per leges præscripta.

§ 1. *De forma servanda in donationibus inter vivos.*

308. Certum est multò plura in jure nostro requiri ad donationem, quàm ad cæteros contractus : et quidem non tantùm probationis, sed et solemnitatis causâ (vid. n° 8); unde donatio est contractus solemnis. Id olim statutum fuerat, quia minùs dare licebat per testamentum quàm per donationem inter vivos, et multi conabantur eludere legis dispositionem. Hodie, quamvis non vigeat illud discrimen, mens legislatoris, pluries expressa in discussioni-

bus Codicis civilis, est ut donatio sit irrevocabilis ex parte tum donatoris, tum donatarii; hinc plura legis præscripta, quorum alioquin satis solida ratio afferri non posset. Ideo autem vult legislator irrevocabilem esse donationem, ut difficiliùs recurrant homines ad illum disponendi modum, qui ut aliquid satis odiosum habetur, utpote perturbans ordinem successionum per legem determinatum.

Expendemus 1° quænam præscribantur ad formam donationis generatim spectatæ; 2° utrùm omnes omnino donationes his formis subjiciantur.

309. I° *Quænam præscribantur ad formam* DONATIONIS GENERATIM SPECTATÆ. — Ad quatuor reduci possunt.

I. DE INTERVENTU NOTARII.— Ex art. 931, omnis actus donationis inter vivos fieri debet coram notariis, in forma consueta contractuum, sub pœna nullitatis. Forma illa contractuum determinatur per legem 15 maii 1803 *de Notariatu :* quæ cùm in praxi sæpe violaretur, meliùs explicata fuit per novam legem 21 junii 1843. Exigit præterea art. 931, sub pœna nullitatis, ut penès notarium remaneat prima præscriptio (*la minute*); unde donatio fieri nequit, ut dicitur, *en brevet :* ne scilicet faciliùs destrui possit actus donationis, si fortè in manus donatoris deveniat.

Porrò nullitas donationis, in qua servata non fuit hæc prima forma, est absoluta, ab ipso donatore invocari potest, nec per ullam confirmationem tolli potest, prout jam exposuimus (n° 66).

310. II. DE ACCEPTATIONE DONATARII. — Duo sunt accuratè distinguenda, acceptatio et solemnitas acceptationis : prior est de essentia contractûs, ut ab initio probavimus; posterior verò est forma jure civili indicta : hæc apud nos statuuntur.— 1° Quoad *modum* acceptationis, requiritur acceptatio *expressa*, seu *terminis expressis;* art. 932 : sic excluditur acceptatio tacita, deducta ex præsentia et subscriptione. Si acceptatio fiat per actum posteriorem, requiritur *actus authenticus*, id est, ejusdem formæ ac ipsa donatio : et tunc donatio vim non habet erga donatorem, nisi a die quo ipsi *innotuit acceptatio*; *ibid.* Hæc verba, *Erga donatorem*, indicant, et ex dis-

cussionibus perspectum est legislatorem voluisse cavere ne donator qui, acceptationem ignorans, de re disposuisset, damnum ex sua ignorantia pateretur: unde sequi videretur notificationem non pertinere ad substantiam donationis, sed esse tantùm conditionem quâ suspenditur effectus donationis, et quæ impleta habebit effectum retroactivum ad diem acceptationis. Verùm omnibus principiis juris nostri circa donationem repugnat ut agnoscatur donatio perfecta, ex qua non ligetur donator: cùm ergo usque ad notificationem acceptationis donator possit consensum revocare, non antè perfecta est donatio. Ex quo sequitur requiri ut capacitas tum donatoris, tum donatarii perseveret usque ad hanc notificationem, juxta principia suprà exposita (n° 135).

311.— 2° *A quo fieri debeat acceptatio*, sic determinatur pro diversa donatariorum qualitate. — 1. Si donatarius sit *major*, acceptatio fieri debet ab ipso, vel ab ejus procuratore: procuratio autem fieri debet coram notario, et hujus apographum (*une expédition*) annecti debet actui donationis vel acceptationis; art. 933. — 2. *Surdus et mutus*, si scribere nôrit, potest acceptare per seipsum, vel per mandatarium: si verò nesciat, datur ei curator ad hoc, juxta regulas traditas ubi *de Minoritate*; art. 936. — 3. *Uxor* non potest acceptare donationem sinè consensu mariti, vel eo recusante, sinè interventu judicis, prout art. 217 et 219 statuitur; art. 934. — 4. Si donatio fiat *minori* non emancipato, vel *interdicto*, acceptatio fit a tutore, juxta art. 463; si minor sit emancipatus, potest acceptare cum assistentia curatoris: attamen pater et mater minoris emancipati vel non emancipati, item alii avi, licèt supersint pater et mater, possunt acceptare pro minore, licèt nec tutores, nec curatores sint; art. 935. — 5. Donationes factæ in gratiam *hospitiorum*, *pauperum, vel institutorum utilitatis publicæ*, acceptari debent ab illorum administratoribus, obtentâ priùs approbatione Gubernii; art. 937. Si agatur de bonis mobilibus quæ non superent valorem 300 francorum, sufficit approbatio Præfecti: supra eum valorem, vel si agatur de bonis immobilibus

quibuscumque, requiritur approbatio Regis. Per edicta regia 2 april. 1817, et 14 januar. 1831, ordinatur quod spectat ad hanc approbationem. Plura etiam occurrunt in lege 18 julii 1837.

312.—3° Quoad *tempus quo fieri debet acceptatio*, potest fieri, etiam post donationem, ex art. 932 : sed requiritur 1. ut adhuc vivat donator, prout jam satis exposuimus. 2. Ut vivat donatarius, si acceptatio fiat per procuratorem; quia mandatum exspirat morte mandantis. 3. Ut donator non revocaverit : ante acceptationem, imò ante notificationem acceptationis sensu mox exposito, donatio est merum propositum ; positâ ergo revocatione, corruit donatio, et quidem etiamsi revocatio nondum donatario innotuerit.

313. III. De indice æstimatorio. — Quando agitur de bonis mobilibus, actus donationis non valet nisi quoad objecta quorum index æstimatorius, subscriptus a donatore et donatario, adnectitur actui ; art. 948. Ita præscribitur, non solùm ut reduci possit donatio si excedat portionem disponibilem, sed præsertim ne donator possit donationem minuere. Sed non exigitur ut ille index fiat coram notario : sufficit subscriptio donatoris et donatarii. Si autem utraque vel alterutra desit, non inducitur vera nullitas, sed mera denegatio actionis.

314. IV. De transcriptione.— Codex civilis, art. 939, præscribit, ut, quando fit donatio bonorum hypothecis subjectorum (*susceptibles d'hypothèque*), actus donationis, acceptationis et notificationis, transcribantur apud conservatorem hypothecarum : articulus verò 941 statuit defectum transcriptionis opponi posse ab iis omnibus quorum interest, exceptis tamen iis ad quos spectat curare ut fiat transcriptio vel eorum causam habentibus, et donatore. Porrò exinde ortæ sunt controversiæ inter jurisperitos. Sed nunc hæc est doctrina ferè omnium auctorum, per jurisprudentiam satis constantem sancita : donationem per se perfectam inter donatorem et illius causam habentes ex una parte, et donatarium ex altera, non posse opponi, si desit transcriptio, iis (*aux tiers*) qui jus acquisierunt in

objecta donata. Igitur defectus transcriptionis opponi potest a creditoribus donatoris, etiam merè chirographariis; item ab iis qui ab eo acquisierunt, saltem si titulo oneroso : sed non potest opponi ab hæredibus donatoris, qui cum ipso unicam personam efficiunt.

Ex his intelligitur nullitatem deductam ex defectu transcriptionis non esse nisi relativam, et multùm differre tum a pluribus nullitatibus formæ quas mox exposuimus, tum a nullitate quæ olim oriebatur ex defectu insinuationis, præsertim qualis admittebatur sub jure Romano, ex quo insinuatio habebatur tanquam pertinens ad ipsam substantiam intrinsecam donationis.

315. II° *Utrùm* OMNES OMNINO DONATIONES *subjiciantur formis modò expositis*, an verò sinè ipsis valeant etiam in foro civili ?— De quatuor speciebus loquemur : de donationibus manualibus, indirectis, remuneratoriis, et onerosis.

I. *De donationibus* MANUALIBUS. — Donatio manualis dicitur donatio rerum corporearum, v. g., vestis, gemmæ, summæ pecuniariæ, etc., quæ fit absque ullo actu, per solam traditionem de manu ad manum a donatore ad donatarium. Quando autem expenditur an valeat hujusmodi donatio, supponitur fieri a persona habili in gratiam personæ habilis, et non excedere portionem disponibilem; supponitur etiam non fieri in fraudem creditorum, quia semper valet axioma juris, *Nemo liberalis, nisi liberatus :* uno verbo, expenditur tantùm sub ratione formæ.

Porrò inconcussa est hujusmodi donationum validitas. 1° Sub jure veteri, ante Edictum an. 1731, nullum dubium movebatur. Post illud edictum, cujus art. 1 sic ferebat : *Tous actes portant donation entre vifs, seront passés par-devant notaire,* idem admissum fuit, quia, ut aiebat D'AGUESSEAU, *l'article ne parlant que des actes portant donation, n'a point d'application à ce cas qui n'a besoin d'aucune loi.* 2° Sub jure novo, idem de art. 931 et 948 dicunt omnes jurisperiti : et in eodem sensu judicant tribunalia. 3° Ostendi potest gravissimas adfuisse rationes cur ita legislatores statuerent. 1. Occurrunt omnes rationes quibus nititur art. 2279, quæ nempe deducuntur ex

securitate et velocitate commercii. 2. His donationibus non applicatur præcipuum motivum quo motus est legislator ad præscribendam donationum solemnitatem, nempe ut essent irrevocabiles; tales enim fiunt hujusmodi donationes per solam traditionem rei donatæ. 3. Si possibilitas donationum manualium sua habeat incommoda, quia exinde facilè eludi possunt leges circa reservationem, etc., longè majora adhuc orirentur, si tales donationes absolutè prohiberentur; magnum enim damnum exinde pateretur pax familiarum, et facilitas commercii.

316. Sed determinandum superest quousque extendenda sit ea decisio : de quo plures occurrunt difficultates. — 1° Si agatur de bonis mobilibus *incorporeis*, v. g., de creditis, de censibus, etc., in quibus locum non habet possessio propriè dicta, nec proinde traditio, hæc suppletur per traditionem chirographi (*du titre, du billet, etc.*), factam a creditore ipsi debitori, art. 1282, 1283; vel factam cuicumque, si agatur de chirographis quæ dicuntur *au porteur;* vel per indossationem (*par endossement*), quando agitur de chirographis eo modo transmissibilibus : sed si non sint eo modo transmissibilia, tunc ut acquirantur ab alio quàm a debitore adhibendæ sunt solemnitates necessariæ vel ad donationis validitatem, vel ad cessionem legitimam creditorum quæ in ipsis continentur. — 2° Si agatur de donatione *conditionata*, v. g., si, ut non rarò evenit, ægrotus rem alicui tradat, eâ conditione ut eam retineat, si ex isto morbo non convalescat, vel si ante mortem suam non repetat, putamus validam esse. Et quidem in priori casu, quo nempe donator sibi non reservat facultatem donationem revocandi nisi in casu quo ex hoc morbo convalescat, id satis certum videtur; quia tunc fit donatio verè irrevocabilis, cùm revocabilitas locum habere nequeat nisi sub conditione quæ a voluntate donatoris non pendet, scilicet ut a tali morbo convalescat : nihil ergo deest ut adsit donatio inter vivos, ac proinde ut applicentur quæ mox dicta sunt. In posteriori casu, quo nempe donator sibi absolutè reservat facultatem revocandi, major adest difficultas, quia tunc est verè donatio in causa mortis (n° 284). Atta-

men existimamus cum MERLIN, DELVINCOURT, et aliis, valere hanc donationem, quando agitur de bonis mobilibus quorum traditio facta fuit; si enim lex non obstet validitati donationis manualis inter vivos, nulla est ratio cur obstaret validitati similis donationis in causa mortis : art. 967 sicut art. 931 non respiciunt dispositiones factas absque actu seu instrumento, et quæ statim exsecutioni mandari possunt. Et revera, ut ait MERLIN, « Le mot de » M. D'AGUESSEAU est aussi décisif que général : *Le cas de » la tradition réelle n'a besoin d'aucune loi.* » Uno verbo, valet donatio manualis, sive inter vivos, sive in causa mortis. — 3° Ut valeat hæc donatio, requiritur ut verè adsit traditio. Hæc autem adest, si res *jam sit in possessione donatarii*, v. g., titulo locationis, depositi, etc., et donator declaret se eam illi donare. Si eam *mandatario* committat tradendam donatario, nec ante mortem donatoris impletum sit mandatum, judicaverunt quædam tribunalia, et ipsa Curia suprema, 12 décembr. 1815, valere etiam in eo casu donationem, quia adfuit verè traditio ex parte donatoris (*il y a eu dessaisissement*), et mandatarius dicendus est acceptasse pro donatario, cujus negotiorum gestor haberi debet. Verùm putamus illud esse gravissimis difficultatibus obnoxium : etenim voluntas donatoris non concurrit cum voluntate donatarii ; siquidem donator non intendit abdicare dominium, nisi quando transfertur in donatarium ; donatarius autem non acceptat nisi quando ampliùs concurrere nequit voluntas donatoris. Aliud dicendum, si donatio facta fuerit *ipsi mandatario*, cum onere rem post mortem donatoris tradendi personæ cui iste favere intendit : ex una parte, concurrit quidquid requiritur ad donationem manualem, traditio nempe et acceptatio : ex altera, modò non agatur de persona incapaci, et donatio non recidat in substitutionem prohibitam, valida est illa dispositio, seu fideicommissum tacitum, prout evolvemus, ubi *de Substitutionibus*.

317. II. *De donationibus* INDIRECTIS. — Eo nomine designant varii auctores duplicem donationis speciem, nempe donationes quas alii potiori jure vocant simulatas, et dona-

tiones accessorias. 1° Donationes *simulatæ*, seu quæ occultantur sub specie venditionis, vel alterius contractûs onerosi, pro validis habentur, ut jam diximus (n° 79), ex jurisprudentia hodie satis communiter recepta, modò non fiant in gratiam personæ prohibitæ, nec excedant portionem disponibilem : vidimus an valeant præcisè tanquam donationes; et cur etiam in ea hypothesi valeant, licèt solemnitatibus donationum destitutæ. 2° Donationes *accessoriæ*, seu quæ sequuntur tantùm ex conventione cum tertio initâ, v. g., si Petro donem aut vendam domum, eâ conditione ut Paulo donet tale objectum (vid. n° 121), habentur communiter ab auctoribus ut validæ, etiamsi non vestiantur formis per legem præscriptis, quia non sunt *actus* donationis de quibus loquuntur varii Codicis articuli.

318. III. *De donationibus* REMUNERATORIIS. — Donatio remuneratoria dicitur ea quæ fit ex causa accepti beneficii, vel officii præstiti. Si officia talia sint ut donatario jus competat mercedem strictè exigendi, nulla potest esse difficultas de validitate donationis, quæ est potiùs *datio in solutum*, seu quædam venditionis aut permutationis species : ita omnes auctores. Si verò non strictè debeatur compensatio, sed ex gratitudine tantùm, non ita liquet : attamen dici potest tales donationes non posse quidem excedere portionem disponibilem, quia quæ sunt juris stricti anteponi debent iis quæ sunt meræ gratitudinis, sed non subjici solemnitatibus, quia sunt verè solutio debiti naturalis, et hujusmodi debita agnoscuntur in jure nostro, cùm ex art. 1235 repeti non possit quod solutum est ad satisfaciendum tali debito.

319. IV. *De donationibus* ONEROSIS. — Illæ sunt quibus donator annectit quædam onera donatario imposita. Juxta quosdam jurisperitos, quibus tamen alii contradicunt, si hæc onera sint in gratiam donatoris, sive directè, sive indirectè, quatenus eum liberant ab obligationibus quæ ipsi incumbunt erga personam in cujus gratiam vertuntur illa onera, tunc non est vera donatio, sed quædam commutatio, seu contractus innominatus, qui proinde non subjicitur formis donationum, sed in quo locus esse poterit tan-

tùm reductioni, si liberalitas notabiliter superet onera.

§ 2. *De forma servanda in testamentis.*

320. Plures, ut diximus (nº 308), requiruntur solemnitates in donationibus quàm in cæteris contractibus : plures adhuc, saltem sub quodam respectu, in testamentis. Juxta jurisperitos, id oritur tum ex eo quòd legislator velit providere authenticitati testamenti et libertati testatoris, tum ex eo quòd testamentum odiosum reputetur, utpote derogans ordini legali successionum : sed simul agnoscunt plura præscribi quæ ortum ducunt a moribus populi Romani, vel ab antiquis Galliæ consuetudinibus, et quæ non raró potiùs inserviunt ad frustrandam testatoris voluntatem. De his omnibus pauca nobis sufficient. Duplex cum quibusdam auctoribus distingui potest testamentorum forma : altera externa, quæ respicit scriptum seu actum quo continentur ultimæ testatoris voluntates; altera interna, quæ spectat ad dispositiones quæ in testamento fieri possunt. De utraque nonnulla dicemus.

321. Iº *De* FORMA EXTERNA *testamentorum*.— Varia est illa forma pro diversa testamenti specie. Porrò ex art. 969 triplex distinguitur species : testamentum potest esse olographum, publicum, vel mysticum; sunt insuper quædam testamenta pro quibus præscribuntur regulæ speciales, quæ ideo a quibusdam designantur sub isto nomine, *testament exceptionnel.*

1º *Testamentum* OLOGRAPHUM illud est quod propriâ testatoris manu exaratur. Ex art. 970, tres tantùm requiruntur conditiones : *écrit en entier*, *daté*, *et signé de la main du testateur;* sed ex art. 1001 requiruntur sub pœna nullitatis. Hujusmodi testamentum ut omnium optimum haberi potest, utpote extra omnem fraudis suspicionem, et propter ejus simplicitatem irritationi minùs obnoxium. Attamen suis etiam incommodis non caret. Facilè averti potest sive ab hæredibus legitimis, sive ab aliis qui testatoris morti adsunt, nisi iste de testamenti custodia diligenter caverit. Insuper aliquando necessarium est, et tamen difficile, ejus sinceritatem probare : cùm enim testamentum

olographum sit actus sub signo privato, possunt hæredes naturales quibus opponitur declarare se non agnoscere scripturam et subscriptionem sui auctoris, et tunc legatario seu hæredi instituto incumbit onus probandi, ad sensum art. 1323 et 1324. Sed quando semel constat de sinceritate testamenti, sive ex confessione hæredum naturalium, sive ex verificatione, jam habetur ut actus authenticus seu solemnis, qui per seipsum fidem facit temporis quo confectus dicitur (*de sa date*). Ita agnoscunt jurisperiti.

2° *Testamentum* SOLEMNE illud est quod a duobus notariis, coram duobus testibus, vel ab uno notario coram quatuor testibus excipitur; art. 971. In eo accuratè servandæ sunt solemnitates præscriptæ art. 972, 973, 974, 975 et 980. Servanda sunt etiam ea quæ præscribuntur per legem 25 ventôse an XI (15 maii 1803) *de Notariatu*. Id pro certo admittunt jurisperiti, et ita judicant tribunalia. Adest tamen illud discrimen, quòd ea quæ præscribuntur in Codice servari debeant sub pœna nullitatis, ex art. 1001; dum omissio eorum quæ præscribuntur per alteram legem non inducit nullitatem nisi in casibus in quibus illud exprimitur. Si quando autem hæc non simul concordent, standum est dispositionibus Codicis, quæ sunt posteriores.

3° *Testamentum* MYSTICUM illud est in quo testator secretò disponit de bonis suis, quodque clausum et sigillatum offertur notario et sex testibus simul præsentibus, ab eodem testatore asserente hoc esse suum testamentum, a se scriptum et subscriptum, vel ab altero exaratum et a se subscriptum; art. 976. Sedulò observandæ sunt regulæ præscriptæ in eodem articulo et sequentibus.

4° *De quibusdam testamentis quæ* PECULIARIBUS REGULIS subjiciuntur, vid. Codicis civilis art. 981-1000. Dispositiones sunt ita claræ, ut expositione non indigeant, aiunt plures jurisperiti. Ibi agitur de testamentis virorum militarium, et de testamentis confectis vel tempore pestis, vel supra mare, vel in regione extranea.

322. II° *De* VARIIS DISPOSITIONIBUS *quæ per testamentum fieri possunt.* — Non iidem olim erant in omnibus

Galliæ provinciis modi disponendi. Hodie his duobus principiis stat legislatio nostra.

Principium I[um]. *Potest quilibet per testamentum disponere, sive per institutionem hæredis, sive per legata, sive sub alio quocumque titulo ad indicandam ipsius voluntatem idoneo;* art. 967 Codicis civilis.

Itaque parvi refert an testator instituerit hæredem, an legatarium universalem, an legaverit quotam partem suorum bonorum, an quædam objecta determinata, etc., modò servatæ fuerint formæ ad testamentum præscriptæ, valebit dispositio ; lex parum curat de nomine, et ad rem solam attendit. Sed requiritur ut constet de voluntate testatoris : quod duo includit. — 1° Constare debet testatorem voluisse testamentum condere. Necessarium quidem non est ut dispositionem suam testamentum nuncupaverit: sed necessarium est ut vel ex natura dispositionis, vel ex tempore pro illius exsecutione assignato, vel ex aliis indiciis ex ipso actu desumptis, deducatur hanc esse verè dispositionem testamentariam. — 2° Constare debet etiam in cujus gratiam testamentum conditum fuerit : nam requiritur ut testator ipse disponat, ut institutio hæredis, vel legatum, ipsius voluntati verè tribuenda sint, non verò voluntati alienæ : alioquin non disponeret, ad sensum art. 895 et 967, sed alteri disponendum relinqueret. Illud ita rigorosè intelligunt tribunalia, ut si legata fuerit summa impendenda secundùm intentionem testatoris legatario vel alteri personæ notam, pronuntient irritum esse legatum, utpote factum in gratiam personæ incertæ, relictum arbitrio alterius quàm testatoris, et januam aperiens fraudibus ad eludendas dispositiones legum de incapacitatibus ad recipiendum. Quamvis autem hæc judicia a pluribus jurisperitis impugnentur, ut nulli satis expressæ juris dispositioni innixa, et bono publico contraria utpote quòd sæpe restitutiones alio modo fieri nequeant sinè infamia testatoris, facilè intelligitur tales dispositiones suo effectu plerumque frustrandas fore, nisi consentiant omnes hæredes ; et sæpe non consentient. Attamen si agatur de summa distribuenda pauperibus, et horum designatio relinquatur

legatario, vel alteri personæ, v. g., parocho, communiter admissum videtur valere hanc dispositionem. Legatum non pendet a voluntate personæ indicatæ, sed sola exsecutio ejus prudentiæ committitur.

323. PRINCIPIUM II^{um}. *Sub quocumque titulo testator disposuerit, effectum obtinebunt illius dispositiones juxta regulas lege statutas circa legata universalia, vel titulo universali, vel particularia;* art. 1002. — Exponendas habemus has regulas, quæ referuntur ad varia legatariorum jura, et ad onera ipsis imposita : quædam addemus de exsecutoribus testamentariis.

I. *De* JURIBUS *quæ variis legatariis competunt.*

1° De legatariis *universalibus*. Adest legatum universale, quando testator dat uni vel pluribus universalitatem bonorum quæ post mortem relicturus est; art. 1003. Porrò si adsint simul hæredes legitimarii, id est, quibus competit reservatio, ad istos solos per legem transfertur *saisina* bonorum, et debet legatarius ab ipsis postulare *la délivrance;* art. 1004 : attamen jus habet ad fructus a die mortis, modò postulet intra annum; art. 1005. Si verò non adsint hæredes legitimarii, legatarii habent saisinam pleno jure; art. 1006. Attamen, si testamentum non sit authenticum seu solemne, debent recurrere ad præsidem tribunalis, a quo obtineant, ut dicitur, *une ordonnance d'envoi en possession*, juxta art. 1007 et 1008. Sed necessitas illius mandati non impedit quin legatarius qui antea iniit possessionem rei legatæ, possit retinere fructus interim perceptos. Cæterùm nec illa saisina, nec mandatum præsidis obstant quin hæredes legitimi possint requirere ut apponantur sigilla et fiat inventarium, et exercere varios actus sui juris conservatorios.

2° De legatariis *titulo universali*. Adest legatum titulo universali, quando testator dat quotam partem suorum bonorum, v. g. dimidiam aut tertiam partem, vel omnia immobilia seu omnia mobilia, vel eorum quotam partem; art. 1010. Porrò legatarii titulo universali non habent saisinam, sed debent recurrere ad hæredes legitimarios, si adsint; si non adsint, ad legatarios universales,

vel, in eorum defectum, ad hæredes legales; art. 1011.

3° De legatariis *titulo particulari.* Omnia legata quæ non sunt vel universalia, vel titulo universali, sensu exposito, habenda sunt ut particularia; art. 1010. Porrò legatarii titulo particulari jus habent ad bona legata statim post mortem testatoris, illudque suis hæredibus transmittunt; art. 1014 : attamen ex eodem articulo non possunt inire possessionem, vel fructus exigere nisi a die petitionis, vel traditionis voluntariæ, exceptis duobus casibus, in quibus ex art. 1015 possunt fructus exigere a die obitûs : 1. quando testator ita expressè statuit in testamento; 2. quando census vitalitius vel pensio legata fuerunt titulo alimentorum.

324. II. *De* ONERIBUS *quæ variis legatariis imponuntur.* Per illa onera intelliguntur præsertim debita : aliquando etiam ipsa legata, quando nempe simul concurrunt diversæ speciei legatarii. Jam verò — 1° legatarius *universalis*, si *solus* hæreditatem accipiat, æquiparatur hæredi naturali, ac proinde tenetur de omnibus debitis : et si plures sint legatarii universales, debita inter eos dividuntur eodem modo ac inter hæredes naturales dividi diximus in Tr. *de Justitia* (n° 137). Si nolit solvere debita ultra vires hæreditatis, debet recurrere ad beneficium inventarii, quia verè æquiparatur hæredi naturali, cùm habeat pleno jure saisinam bonorum : neque possunt creditores adire hæredem naturalem, cui nullum jus competit. Si verò concurrat *cum hærede legitimario*, solus tenetur solvere omnia *legata;* art. 1009 : quia reservatio minui non potest per dispositiones titulo gratuito. Quoad *debita* autem, legatarius universalis tenetur personaliter pro parte sua, et hypothecariè pro toto; art. 1009 : cùm bona non intelligantur nisi deducto ære alieno, æquum est ut qui habet partem hæreditatis teneatur proportionaliter ad debita.

2° Legatarius *titulo universali* tenetur de debitis et oneribus successionis, personaliter pro parte sua, et hypothecariè pro toto; art. 871 et 1012. Quoad *legata* particularia, si adsint hæredes legitimarii, et per legata, sive particularia, sive titulo universali, attingatur vel superc-

tur pars disponibilis, tunc legatarius titulo universali debet solus solvere omnia legata particularia, peractâ tamen reductione, si locus sit. Dicitur *Solus* per exclusionem hæredum legitimariorum; sed concurrere debet etiam legatarius universalis, si adsit, prout adesse posse supponit art. 1011; quod locum habet, juxta jurisperitos, quando post institutum legatarium universalem ei imponitur onus dandi quotam partem uni vel pluribus. Sed si legata particularia non exhauriant portionem disponibilem, vel si non adsint hæredes legitimarii, tunc legatarii titulo universali non tenentur legata solvere nisi, ut dicitur, *par contribution* cum hæredibus naturalibus; art. 1013.

3° Quoad legatarios *titulo particulari*, principium generale est eos non teneri ad *debita et onera;* art. 871, 1024; non repræsentant defunctum; et meritò præsumitur voluisse testatorem ut res legata tota tribueretur ei cui eam purè et simpliciter dedit. Excipitur tamen casus reductionis, vel hypothecæ; *ibidem :* item dispositionis expressæ ex parte testatoris.

325. III. *De* EXSECUTORIBUS TESTAMENTARIIS. Potest testator unum aut plures nominare quibus curam committat firmandi exsecutionem sui testamenti; hi dicuntur exsecutores testamentarii; art. 1025. Imò potest eis tribuere saisinam suorum bonorum mobilium, partim vel in totum; art. 1026 : (quæ tamen non impedit saisinam hæredum vel legatariorum; unde exsecutores constituuntur potiùs depositarii, quàm veri possessores); et possunt hæredes illi finem imponere, præstando summam sufficientem ad solvenda legata mobilia, vel probando ea fuisse soluta; art. 1027. Quinam eligi possint in exsecutores, et quænam sint eorum officia, vid. art. 1028 et seq.

§ 3. *Utrùm et quatenus irritæ sint in foro conscientiæ donationes et testamenta in quibus servata non fuit forma per leges præscripta.*

326. Quæstio est, utrùm donatio aut testamentum destituta solemnitatibus quas ex jure nostro exigi sub

pœna nullitatis vidimus, sint irrita in foro conscientiæ, an tantùm in foro externo ; et posito quòd sint irrita in conscientia, an ante sententiam judicis, an solummodo postea? Porrò magna est eâ de re inter auctores dissensio : nam alii nullitatem ex defectu formæ restringunt ad forum externum sive quoad testamenta, sive quoad donationes et cæteros contractus ; alii quoad testamenta, non verò quoad donationes ; alii quoad donationes, non quoad testamenta : alii putant nullitatem attingere forum conscientiæ etiam ante sententiam, alii tantùm postea. Solutio quæstionis pendet a mente legislatoris qui varias nullitates statuit : nam de potestate ejus satis antea diximus (nº 52 et seq.). Voluntas autem legislatoris dignosci potest quidem ex quibusdam principiis generalibus juris, seu æquitatis et justitiæ, quæ ut omnibus legislationibus communia haberi possunt : sed præcipuè dignoscenda est ex diversis dispositionibus juris, seu legislationis sub qua quæstio solvenda est. Hinc plura quæ ab auctoribus afferuntur ex jure Romano præsertim circa testamenta, vim eamdem non habent sub jure nostro, cujus non eadem est œconomia, speciatim quoad distinctionem inter testamentum propriè dictum seu hæredis institutionem, et legata seu fideicommissa in quibus solemnitates juris non censebantur pertinere ad substantiam ut in testamento, sed ad probationem.

327. Exponemus primùm varias opiniones, incipiendo a testamentis, de quibus plura occurrunt apud auctores ; deinde quid tenendum nobis videatur aperiemus.

Iº De testamentis. — Ante omnia adnotandum est multos auctores e controversia removere testamenta *ad pias causas*. Hæc in jure canonico declarantur aut supponuntur valida independenter a solemnitatibus civilibus. Sive autem dicatur cum quibusdam hujusmodi testamenta habenda esse ut causas spirituales ad forum Ecclesiæ spectantes, sive cum aliis propugnetur pias causas subjici quidem Ecclesiæ, sed modum de illis disponendi subjici principi, quia testamentum est semper actus civilis, de facto constat dispositionem canonicam fuisse receptam in plerisque re

gionibus, sive ex consensu principum, sive ex consuetudine. Eam in Gallia olim viguisse asserunt varii auctores, quamvis alii negent. Sed cum per Edictum an. 1735, art. 78, declaratum fuisset omnia ibi præscripta applicanda etiam testamentis ad pias causas, hæc nullius esse roboris docuerunt quicumque post illud edictum scripserunt, inquit COLLET. Idem hodie in foro externo dicendum satis constat : et pro foro interno admittit LOGEROT.

328. De testamentis autem *ad causas profanas* tres præcipuæ sunt opiniones. — Iª Docet *testamentum imperfectum*, seu minùs solemne, ut loquuntur auctores, *esse validum in foro conscientiæ, sive ante, sive post sententiam judicis.* Ita post S. ANTONINUM sub jure Romano docent MOLINA, LESSIUS, et alii; sub jure nostro D. BOUVIER, D. GOUSSET (qui tamen sententiam suam aliquatenus temperarunt, saltem quoad praxim).

Prob. I. *Ex ipsa lege.* Si spectetur *in seipsa*, dici potest non respicere nisi actum seu instrumentum, non verò ipsam dispositionem. Art. 893, qui est communis donationi et testamento, non irritat omnes donationes solemnitatibus destitutas, ut intelligitur ex dictis (nº 315 et seq.) : nihil autem ostendit art. 1001 latiorem habere sensum. Si lex spectetur *in suo motivo*, voluit certam reddere libertatem testamenti, et fraudes ac machinationes præcavere : ergo quando constat de libera testatoris voluntate, finis legis obtinetur. Et revera lex admittens testamentum olographum satis ostendit magis inhærendum veritati quàm solemnitatibus juris. Si demum lex spectetur *in suis effectibus*, hæres naturalis qui legatum solvit, non admittitur ad repetendum : ergo existebat obligatio naturalis ; alioquin locus esset repetitioni, ex art. 1235, 1376. Et reipsa obligationem naturalem agnoscunt jurisperiti.

II. *Ex principiis æquitatis.* In dubio de mente legislatoris, præsumendus non est voluisse subditis imponere onus durissimum, nisi illud sit necessarium ad scopum suum obtinendum. Atqui 1° adest dubium, cùm magna ferveat controversia. 2° Onus esset durissimum : multi enim, præsertim pauperes, essent in impossibilitate morali

testandi ; et certè durissimum esset legatario cui constat de voluntate libera testatoris semetipsum legato spoliare. 3° Scopus legislatoris satis attingitur, seu fraudes sufficienter præcaventur, si nulla detur actio in foro externo. Aliunde valde expedit ad bonam familiæ gubernationem, ut pater in filiis, quilibet in amicis, famulis, etc., possint remunerare virtutem, officia sibi præstita, etc. : hæc autem libertas nimiùm coarctatur, si validitas testamenti pro foro ipso conscientiæ pendeat a tot formis per legem præscriptis.

329. IIª *Opinio,* præcedenti prorsus opposita, docet *testamentum formis legalibus destitutum irritum esse etiam in conscientia, et ante sententiam judicis.* Ita ex jure Romano Covarruvias, Vasquez, de Lugo, Haunoldus, Salmanticenses, Antoine, Henno, Schmalzgrueber, Gerdil, Alasia, etc.; ex jure Gallico veteri, Habert, *Collat. Andegavens.* et *Carnotensis*, Collet, Juenin, Richard, Labrunie; sub jure novo, Logerot, D. Receveur, Vernier, Toullier, etc.

Prob. I. *Ex vi et motivo legum.* Lex quæ irritat ipsam dispositionem et non solum instrumentum, innixa præsumptioni periculi et non tantùm facti, et fundata motivo boni publici, agnoscenda est ut obligans in conscientia et ante sententiam, nisi quædam apertè indicent hanc non esse legislatoris intentionem. Atqui talis est lex de qua agimus. — *Prob. Maj.* Sequitur ex principiis statutis in parte I (nis 69, 71). Et revera communiter admittitur eo modo obligatorias esse leges quæ ordinant capacitatem personarum, et disponibilitatem bonorum ; nulla autem affertur sufficiens ratio discriminis quoad nullitates formæ. Nisi id admittatur, non satis deterrebuntur viri cupidi a machinationibus contra libertatem testatoris, sperantes hæredes satisfacturos esse obligationi conscientiæ. — *Prob. Min.* 1° Lex non irritat solum instrumentum. Id agnoscunt omnes jurisperiti. Quando irritatur solum instrumentum, si aliunde sufficienter constet de conventione, potest exigi illius exsecutio. At longè aliter in testamentis : quantumvis constet de voluntate defuncti, v. g., per confes-

sionem hæredis naturalis, vel alio modo, non ideo iste cogetur ad eam implendam. Confirmari potest ex art. 1318 et 972 inter se collatis. 2° Lex non nititur præsumptione facti, sed periculi. Generatim satis constat non posse supponi fraudem in omnibus casibus : et tamen semper irritum declaratur testamentum ; imò irritum declarabitur, etiamsi in casu peculiari certissimè constet nullam adfuisse. Nec contrarium educi potest ex admissione testamenti olographi : ideo enim admittitur, quia lex judicat per ea quæ in eo exiguntur non minùs consuli testatoris libertati, quàm per solemnitates actûs publici ; imò magis, inquiunt jurisperiti, quia tale testamentum testatori totum tribui debet. 3° Lex fundatur motivo boni publici, nempe ad procurandam testamentorum libertatem. Lex ordinavit modo quem sapientissimum judicavit successiones ab intestato : meritò igitur cavet ne turbetur ille ordo, sicque spolientur familiæ per fraudes virorum improborum, et sinè perfecta testatoris libertate. Ut autem scopum illum obtineat, certas solemnitates præscribit, quæ si negligantur, irritum declaratur testamentum, etiamsi aliunde constet de voluntate libera testatoris : quia alioquin via aperiretur multiplici violationi, eo quòd unusquisque cupiditate deceptus facilè sibi sæpiùs persuaderet testamentum in suî gratiam liberè factum fuisse. Hæc autem ratio boni publici prævalet incommodis quæ exinde aliquando pro quibusdam privatis exoriri possunt. 4° Nihil satìs indicat legem restringendam esse ad forum externum. Nam duo præsertim allegantur : quòd ex testamento imperfecto oriri obligationem naturalem agnoscant jurisperiti, adeò ut solutum non possit repeti; quòd per plenam nullitatem nimis durum onus imponatur. Atqui hæc duo non sufficiunt. Non primum : obligatio naturalis sensu lato sumitur, quatenus nempe includit quodlibet debitum morale, etiam simplicis honestatis (*de délicatesse ou de piété*) : hæc juxta jurisperitos sufficit ad impediendam repetitionem soluti, quia non fuit solutio sinè causa ; nec tamen supponit veram obligationem conscientiæ. Aliis verbis, obligationis naturalis plures sunt effectus, quorum unum aliquando leges admittunt et

alios rejiciunt : sic fieri potest ut quis non teneatur in conscientia aliquid solvere, et tamen si solverit non possit repetere; illud satis intelligitur ex exemplo minorum, quibus licet in multis casibus obligationum suarum nullitatem postulare, et tamen non possunt repetere si solverint eo tempore quo poterant nullitatem invocare. Non secundum : lex spectata ante omnem eventum omnibus æqualiter favet aut nocet; nullus ergo meritò conqueri potest. Si durum sit legatario carere re legatâ, non minùs durum est hæredi naturali abjicere bonum quod sibi lex justa adjudicat; eo magis quòd sæpius sit in possessione boni, ac proinde sit ipsi onus gravissimum seipsum spoliare, præsertim post latam sententiam, quemadmodum tamen teneretur ex prima opinione. Ergo, etc.

II. *Ex natura testamenti.* Juxta multos, ut diximus (nº 286), nonnisi a lege civili habemus potestatem testandi. Atqui, hoc posito, testamentum imperfectum omni prorsus robore caret. Unde enim haberet? Non a jure naturali, cùm ex jure naturali testamenta condi nequeant; non a jure civili, quod supponi nequit vim conferre iis in casibus in quibus irritum declarat. Ita ratiocinantur multi theologi et jurisperiti.

330. III. *Opinio*, inter utramque præcedentem media, docet testamenta formis legalibus destituta *valida esse in foro interno ante sententiam judicis*, sed *post eam esse invalida;* adeò ut legatarius possit legatum retinere usque ad eam sententiam, et tamen hæres naturalis possit postulare judicium, cui alter in conscientia tenebitur obedire. Ita primus docuit Dom. Soto, et post eum Sanchez, Layman, Ferraris, Billuart, S. Liguori; et sub jure Gallico, Cabassut, *Collat. Ambianens.*, *Theolog. Tolosan.*, et alii multi; qui tamen non omnes iisdem principiis innituntur: nonnulla afferuntur quæ simul stare nequeunt.

Prob. I. *Ex praxi communi.* Hoc est præcipuum fundamentum hujus obligationis, juxta Billuart. Leges eo modo obligant quo per usum communem recipiuntur: atqui in sensu illius opinionis videntur receptæ; etiam viri timorati se tutos credunt ante sententiam, quando aliquid

eo modo acceperunt; sed sententiæ obediendum putant.

II. *Ex commodis illius opinionis.* Per eam tolluntur incommoda utriusque opinionis præcedentis : non imponitur onus durissimum sive legatario, qui potest sententiam exspectare, sive hæredi, qui potest eam provocare; et satis promovetur bonum publicum, tollendo motivum rationabile testatorem circumveniendi.

III. *Ex mente legislationis nostræ.* Multæ sunt leges irritantes apud nos quæ communiter intelliguntur de irritatione non facta, sed facienda per judicem, v. g., circa contractus cum minoribus initos, etc. : insuper via nullitatis locum non habet, ut nemo sit judex in propria causa, sed actus valent donec judex eos resciderit aut invalidos declaraverit; ita art. 1117. Porrò nihil obstat, imò omnino conveniens est ut hæc applicentur nullitati testamentorum de quibus agimus. Et revera hæres potest juri suo renuntiare, imò aliquando tenetur, v. g. si agatur de donationibus verè remuneratoriis, vel ad testatoris salutem pertinentibus : si ergo nullitatem non invocet, potest sustineri testamentum ex præsumpta illius ratihabitione. Nec dicendum quòd fortè nullitatem ignorat : legatarius non tenetur ei revelare cum suo incommodo; unusquisque jus suum cognoscere censetur.

IV. *Ex variis principiis juris.* Juxta quosdam, sed paucissimos, nullitas fertur in pœnam culpæ juridicæ; ideo non obligat ante sententiam, sed postea. Juxta alios, antequam judex pronuntiaverit, omni jure potius est jus possessionis; non tenetur ergo legatarius legatum reddere, si illud possideat. Tandem juxta alios, licèt valeant argumenta primæ opinionis, cùm tamen tribunalia habeant auctoritatem legalem, eorum sententiæ parendum est, nisi sit evidenter injusta, quoties sinè peccato id fieri potest.

331. II° De donationibus. — Loquentes olim theologi de *insinuatione*, cujus scopus erat juxta ipsos donationes moderari, eam reputabant omnino necessariam ad perfectionem intrinsecam donationis, adeò ut sinè illa ne donator quidem obligaretur, sed posset repetere, etiam in foro interno, quod superabat summam lege determinatam pro

qua non requirebatur insinuatio. Ita docebant omnes, teste DE LUGO : addebat HAUNOLDUS ex strictis apicibus juris donationem dici debuisse absolutè nullam, sed ex recepta consuetudine nullitatem habitam fuisse ut conditionatam, *Si donator revocaverit.* Idem sub jure Gallico veteri docebant auctores nostri.

Hodie quoad formas legales donationis, duplex orta est opinio. — Ia docet *donationes* his destitutas nihilominus *validas esse in foro conscientiæ.* Ita plures etiam ex illis qui aliter sentiunt de testamentis, ut LOGEROT, D. LYONNET, D. ROUSSELOT, TOULLIER, etc.

Prob. 1° *Ex discrimine inter testamentum et donationem.* Ideo præcipuè irritum est testamentum, quia facultas testandi est a jure civili : idem autem dici nequit de facultate donandi inter vivos. 2° *Ex sensu legis.* Ex art. 893 donatio valere nequit nisi fiat formâ infrà determinandâ ; articuli autem 931 et 948 in quibus determinatur hæc forma, loquuntur tantùm de actu seu instrumento donationis, ut jam vidimus (n° 315) : ergo nullitas non attingit nisi instrumentum. Et revera illud sufficit ad scopum legislatoris : qui acceperunt donationes immobilium recurrunt seriùs ociùs ad formas legales, ut securè frui possint ; sed nemo habitus est ut possessor illegitimus, quia rem sibi donatam possedit ante has formas impletas. Ergo, etc.

332. IIa *Opinio* docet *donationes* formis destitutas *invalidas esse in foro conscientiæ*, saltem post sententiam judicis. Ita strenuè propugnat *Theolog. Tolosan.*

Prob. 1° *Ex natura formalitatum.* In cæteris contractibus non requiruntur nisi probationis causâ ; unde suppleri possunt aliis probationibus, vel confessione contrahentium : in donationibus autem requiruntur solemnitatis causâ; unde nullatenus suppleri possunt, et nullitas est tam absoluta ut nullo actu confirmatorio tolli possit ex art. 1339. Ergo, etc. — 2° *Ex scopo legislatoris.* Voluit providere irrevocabilitati donationum; ideo non præscripsit formas pro donationibus manualibus vel simulatis, quia in his satis providetur irrevocabilitati, ut diximus (n° 315) : at præscripsit pro donatione rerum immobilium, vel mobilium quæ in

donatoris possessione remanent, quia alioquin donatio non esset irrevocabilis. Porrò si valerent hæ donationes in conscientia, scopus non attingeretur ; donatio revocari posset pro libito, et maximæ confusioni locus esset. — 3° *Evertendo fundamentum alterius opinionis.* Illud est quòd lex non loquatur de qualibet donatione, sed tantùm de *actu donationis.* Atqui nihil inde concludi potest. Nam scopus legislatoris fuit intactas servare donationes indirectas, et præsertim manuales : sed concludi nequit non attingi alias donationes. Lex triplicem formam, si ita loqui fas est, admittit : traditionem realem, ubi agitur de bonis mobilibus ; formam alterius contractûs validi, ubi de donationibus indirectis; denique formam specialem donationum : sufficit quælibet ex iis formis; sed inde concludi nequit valere donationem, quando tres simul deficiunt. — 4° *Ex doctrina veterum theologorum.* Docebant ferè unanimiter ex defectu insinuationis requisitæ invalidam effici donationem in foro conscientiæ. Porrò quæ dicebant de insinuatione applicationem accipiunt in solemnitatibus præscriptis, quæ eumdem finem habent. Ergo, etc.

333. Post expositas opiniones, superest ut mentem nostram aperiamus. — I. *Non adest ratio sufficiens restringendi ad forum externum nullitatem donationum, potiùs quàm testamentorum.* — *Prob.* 1° Non valet ratio desumpta ex utriusque origine. Nam etiam admisso quòd facultas testandi oriatur a jure civili, poterit legislator non irritare testamentum nisi quoad forum externum : quando enim jam concessa est facultas testandi, et nova forma præscribitur, quæstio semper remanet an princeps ita illam exigat, ut, eâ sublatâ, tolli velit ipsammet facultatem in foro interno, an verò intendat solùm testamento denegari actionem in foro externo ; quod ex aliis principiis est determinandum. Contrà, potuit donationis nullitatem extendere ad forum internum. Igitur investiganda superest ex aliis argumentis ejus intentio. 2° Non probatur formam donationis spectare tantùm ad instrumentum ; contrà videtur esse de donationis substantia. Ergo nihil est ex quo possimus aliter de donatione ratiocinari ac de testamento.

De utroque ergo simul loquemur, investigando quænam ex opinionibus expositis circa testamenta anteponenda sit.

334. II. *Dici non debet nullitatem respicere forum internum post sententiam judicis, non antea.* — *Prob.* Hæc tertia opinio, licèt plura habeat in praxi commoda, est tamen, saltem si strictè intelligatur, minùs consentanea legi, et naturæ auctoritatis quam exercet judex. 1° Minùs congruit *legi*. Si consideretur illius *motivum* generale, scopus illius meliùs attingitur si non exigatur sententia judicis, ut ostendimus ubi *de Nullitatibus* generatim (n° 71). Si spectetur *tenor* legis, qualis apparet in priscis edictis unde desumpta est lex nova, patet legislatorem voluisse præsertim præcidere fontem litium : ergo a mente legis recedunt qui exigunt sententiam judicis. Si demum consideremus legem in suo *effectu*, durum quidem est ut legatarius teneatur seipsum spoliare, non exspectatâ sententiâ : sed sæpiùs possidet hæres naturalis, non legatarius ; deinde legatarius non privatur bono jam obtento, sed tantùm impeditur a bono acquirendo, quod longè minùs durum est; tandem non reformidatur tale incommodum, quando agitur de nullitatibus circa habilitatem personarum aut disponibilitatem materiæ. Ergo, etc. 2° Minùs congruit *naturæ auctoritatis quam exercet judex.* Sententia est merè declaratoria : ergo et nullitas et jura partium existunt independenter ab illa; ergo nisi dubia sint, non opus est ad eam recurrere : ergo ille contra quem debet pronuntiari non potest rem retinere donec pronuntiata fuerit. Istud postremum admittit *Theolog. Tolosan.* Sed in hoc recedit a tertia opinione *strictè intellectâ*, et exigit tantùm aliquod temperamentum secundæ opinioni, de quo mox dicendum.

335. III. *Probabilius est testamentum imperfectum irritum esse etiam in foro conscientiæ, et ante sententiam judicis, aut saltem rescindibile ad nutum hæredum naturalium.* — *Prob.* Comparatione institutâ inter argumenta primæ et secundæ opinionis, rationes quæ militant in istius gratiam videntur validiores, et principiis theologicis magis consentaneæ.— Dicimus tamen *Aut saltem*

rescindibile..., quia, omnibus pensatis, non refugeremus ab admittendo temperamento, quod æquitati, et communi praxi satis consonum, non videtur alienum a mente legislatoris; scilicet hæredem naturalem qui hæreditatem possidet non teneri etiam ante sententiam eam tradere, et posse uti beneficio legis; sed simul legatarium, hæreditatem sinè vi et fraude consecutum, posse exspectare petitionem hæredis naturalis, nec teneri vitia manifestare, modò nullâ fraude aut viâ injustâ ea occultet. Cùm enim certum sit donationem aut testamentum, quantumvis irrita ob formas neglectas, ratihaberi posse ab hærede donatoris vel testatoris, si iste nullitatis conscius jure suo non utatur, profectò securus esse potest legatarius; a fortiori, si donationem vel testamentum exsequatur. Porrò legatarius generatim loquendo præsumere potest hæredem conscium esse nullitatis, quia solent homines in rebus hujusmodi non levem adhibere diligentiam. Ergo superesse posset tantùm difficultas pro casu quo legatario moraliter constaret de ignorantia, seu errore hæredis naturalis; qui casus satis rarò eveniet. Jam verò hoc casu posito, dici potest adhuc securum esse posse legatarium, quia unusquisque debet juribus suis prospicere, ac proinde si jura sua non cognoscat hæres naturalis, sibi imputare debet.

336. Quid verò dicendum, si testator ab hærede naturali obtinuerit promissionem tradendi legatum, etiamsi testamentum esset irritum? — Respondet *Collat. Andegav.* hanc promissionem esse generatim irritam. 1° Quia conventio privata derogare nequit dispositioni legum. 2° Quia si validitas semel admitteretur, jam præberetur medium facile eludendi leges: moribundi enim facilè hanc promissionem ab hæredibus obtinerent, et sic aliâ viâ obtineretur quod lex sapienter voluit impedire. Dicitur tamen *Generatim*, quia si testator abstineat a conficiendo aut mutando testamento, vel ab inscribendo tali legato, præcisè propter hanc promissionem hæredis, docet idem auctor, istum teneri ad eam implendam; et meritò: nam si faciendo promissionem intendebat eam non implere, dolum admisit, et viâ injustâ alterum impedivit a consecutione

boni, proindeque ad reparationem tenetur; si verò sincerè promisit, culpam quidem non admisit, sed eam admitteret propositum mutando, et sic verum damnum inferendo ei qui legatarius alioquin institutus fuisset.

337. IV. Si agatur de testamentis *ad pias causas*, certum est *non rarò omnino valere in conscientia* ejusmodi legata, etsi formis civilibus destituta, quando nempe facta sunt ad implendam obligationem, v. g., restitutionem debitam. Idem diceremus in casu obligationis qualiscumque, licèt non justitiæ strictæ, secundùm ea quæ diximus de donationibus remuneratoriis (n° 318) : item de dispositionibus quæ ita factæ essent in bonum animæ defuncti, ut non tam donatio censeri deberent, quàm remedium ad testatoris salutem utile vel necessarium, quales essent missæ celebrandæ, in numero fortunæ illius proportionato. Uno verbo, libenter dicimus cum *Theol. Tolosan.*, rem non esse generaliter et unicâ decisione dirimendam; sed unumquemque casum in particulari examinandum esse, et judicium ferendum perpensis variis circumstantiis : si hæc legata censeri non debeant gratuitæ donationes, sed salutis remedia, profectò solvenda erunt, quæcumque admittatur sententia circa testamenta profana; in casu contrario, maximè si legata sint immoderata, ratione habitâ facultatum testatoris et qualitatis hæredum naturalium, isti poterunt non magis ad solutionem cogi quàm si ageretur de legatis profanis.

Art. 4. *De revocatione donorum.*

338. Seorsim loquemur de donationibus inter vivos, et de testamentis.

I° *An et quibus de causis revocari possit* DONATIO INTER VIVOS ?

Quamvis, ut pluries dictum est, donatio inter vivos sit generatim irrevocabilis, imò hæc irrevocabilitas magni sit momenti coram lege, adsunt tamen quædam exceptiones, quæ ad quatuor reduci possunt : 1° in casu stipulationis; 2° ob inexsecutionem conditionum; 3° ob ingratitudinem; 4° ob supervenientem prolem.

339. I. De stipulatione quæ dicitur *Droit de retour.* — Potest donator stipulari bona donata ad se reversura esse, sive in casu mortis solius donatarii, sive in casu mortis donatarii et posterorum ejus; art. 951. Hæc clausula apponi nequit nisi in gratiam donatoris; *ibidem :* alioquin esset substitutio prohibita, de qua infrà (n° 348 et seq.). Non præsumitur, sed requiritur stipulatio expressa : et ex verbis de-

ducitur quousque extendenda sit. Reversionis autem *effectus* est ut corruat donatio, et bona donata ad donatorem redeant libera a cunctis oneribus et hypothecis a donatario impositis, salvâ hypothecâ dotis et conventionum matrimonialium, si alia mariti bona non sufficiant, et donatio ei facta sit in eodem contractu ex quo fluunt supradicta jura et hypothecæ ; art. 952.

340. II. De revocatione *propter inexsecutionem conditionum.* — Si donatario impositæ fuerint quædam obligationes tanquam conditio donationis, ut fieri posse diximus (n° 282), et eas non impleat, donator potest postulare revocationem, sed hæc pleno jure locum non habet ; art. 956 et 1184. Actio concessa donatori durat per 30 annos, juxta jurisperitos. Factâ verò revocatione, bona redeunt ad donatorem libera ab omnibus oneribus et hypothecis ex parte donatarii ; ita ut vindicari possint adversùs illos qui ea quocumque titulò detinent ; art. 954 : donatarius non potuit transferre nisi jura quæ habebat. Neque hic excipitur hypotheca uxoris, ut in casu reversionis : debuit enim familia cognoscere conditiones.

341. III. De revocatione *ob ingratitudinem.*— Lex ipsa *casus* assignavit in quibus locum habet revocatio : si donatarius vitæ donatoris insidiatus fuerit ; si manus in eum injecerit, vel gravibus injuriis illum affecerit ; si alimenta ipsi denegaverit ; art. 955. Sed illorum practica applicatio pendet a circumstantiis, et relinquitur prudentiæ judicis. *Motivum* legislatoris fuit punire donatarium. Hinc revocatio non fit pleno jure, sed pronuntianda est a judice ; art. 956. Postulari debet intra annum ; art. 957 : alioquin censetur donator condonasse. Hinc etiam si donatarius bona donata alienaverit, vel hypothecis aut oneribus gravaverit, valebunt alienationes et hypothecæ, modò locum habuerint antequam actio revocatoria inscriberetur in margine transcriptionis art. 939 præscriptæ ; art. 958 : illi qui cum donatario pactum inierunt non potuerunt antea cognoscere aut prævidere hanc revocationis causam. Sed tunc tenetur donatarius ad restituendum pretium rei alienatæ, juxta ejus valorem tempore actionis revocatoriæ, et ad restitutionem fructuum a die ejusdem actionis ; art. 958.

Cæterùm non admittitur hæc revocationis causa in donationibus quæ factæ sunt *in gratiam matrimonii ;* art. 959. De donationibus *mutuis*, vel *remuneratoriis* non consentiunt jurisperiti.

342. IV. De revocatione *ob supervenientiam filiorum.* — Illa revocationis causa inducta fuit, juxta jurisperitos, quia præsumitur donatorem non fuisse donaturum, si prævidisset sibi nascituros filios : est præsumptio legalis, cui donator nequit renuntiare, ex art. 965. Ut locum habeat, duæ requiruntur *conditiones.* 1ª, Ut donator non haberet filium tempore donationis ; alioquin patet eum voluisse præferre donatarium filio, nec proinde applicatur motivum legis : cæterùm verificatur illa conditio, etiamsi filius jam esset conceptus quando facta est donatio ; art. 961. 2ª, Ut nascatur filius legitimus : non sufficit filius spurius, nisi legitimetur per matrimonium subsequens, et natus fuisset ante donationem ; neque filius qui non nascitur vitalis ; neque filius adoptivus.

Huic revocationi subjiciuntur donationes *cujuscumque valoris*, et *quocumque titulo* factæ; art. 960. Attamen communiter admittitur, inquit Toullier, non subjici donationes manuales, id est, donaria rerum mobilium parvi momenti: iis applicari non potest præsumptio legalis cui lex nititur; et contrarium admitti non posset sinè societatis perturbatione. Sed lex ipsa dispositionem suam applicat quibusdam donationibus quæ difficultatem pati potuissent, nempe donationibus mutuis, remuneratoriis, in causa matrimonii nisi ab ipsis sponsis vel ab eorum ascendentibus proveniant; art. 960.

Illa revocatio fit *pleno jure;* absque ullo actu donatoris: imò post natum filium, bona redire nequeunt ad donatarium, neque per actum confirmatorium donatoris, nec per mortem filii; si donator ea denuo donare velit, debet hoc efficere per novam et ritè confectam donationem; art. 964. Isti autem sunt *effectus* revocationis. 1. *Bona* donata redeunt ad donatorem *libera* ab omnibus oneribus et hypothecis, absque ulla exceptione, et non obstante quâcumque contrariâ stipulatione in actu donationis appositâ, etiam ad assecurandam dotem uxoris donatarii; art. 963. Exinde patet quantùm lex favere intenderit huic revocationi. 2. Donatarius debet restituere *fructus rei:* sed solùm a die quâ nativitas filii donatoris vel ejus legitimatio per matrimonium subsequens, donatario legaliter notificata fuerit; art. 962: antea fuit possessor bonæ fidei, et fecit fructus suos, quemadmodum ante nativitatem filii suos faciebat vi donationis nondum revocatæ. 3. *Præscriptio* non acquiritur donatario ejusve hæredibus aut causam habentibus, vel aliis detentoribus, nisi per triginta annos a die nativitatis ultimi donatoris filii etiam posthumi, et quidem salvis interruptionibus jure determinatis; art. 966. Sic apponitur exceptio principio generali in art. 2265 sancito, juxta quod præscriptio bonorum immobilium non requirit nisi spatium decem aut viginti annorum.

343. II° *De revocatione* testamentorum. — Testamentum est essentialiter revocabile, ut in definitione diximus (n° 283). Si testator juraverit se non revocaturum, docent quidem communiter theologi eum non posse revocare sinè perjurio, quia juramentum servandum est, quotiescumque sinè peccato servari potest (n° 233): sed simul pro certo tenent validam fore revocationem, ideoque valiturum esse secundum testamentum, non primum; quia juramentum non mutavit naturam testamenti, quod est de se revocabile. Imò non desunt qui putent, sicut irrita est ex jure civili promissio non revocandi testamentum, ita irritum esse juramentum, quia parum placent juramenta quæ leges eludunt. Cæterùm omnia conciliabuntur si postuletur dispensatio. Vid. quæ diximus in parte I (n° 231 et seq.).

344. Duplex distinguitur testamenti revocatio, expressa, et tacita: de utraque sigillatim dicemus; deinde nonnulla addemus de testamentorum caducitate et rescissione.

I. *De revocatione testamenti expressa.* Ex art. 1035, testamenta non possunt revocari nisi per testamentum posterius, vel per actum coram notario quo declaretur mutatio voluntatis. Exinde ortæ sunt variæ difficultates. Si adsit testamentum posterius sed irritum in forma,

magna adest dissensio inter auctores et tribunalia : quibusdam dicentibus revocationem non esse in mente testatoris nisi conditionatam, posito quòd valeat secundum testamentum; cæteris propugnantibus esse revocationis declarationem per actum authenticum, quæ debet sufficere. Quidquid sit de hac quæstione, expressè statuit art. 1037, si testamentum posterius in quo revocatum fuit prius, exsecutionem non habeat propter incapacitatem hæredis instituti aut legatarii, vel quia repudiant hæreditatem aut legatum, revocationem peractam servare nihilominus vim suam.

II. *De revocatione testamenti tacita.* Ea est quæ deducitur ex facto, vel ex dispositionibus posterioribus testatoris. Scilicet revocatur testamentum, 1° testamento posteriori, continente dispositiones contrarias : tunc revocantur tantùm, ex art. 1036, priores dispositiones quæ cum recentioribus conciliari nequeunt; aliæ integræ manent. 2° Alienatione rei legatæ, sive titulo venditionis etiam cum pacto redimendi, sive titulo permutationis, licèt alienatio nulla sit, aut testator rem redemerit vel alio modo recuperaverit; art. 1038. — 3° Si testator testamentum suum cancellaverit, aut alio modo aboleverit, tunc est plùs quàm revocatio, scilicet destructio.

345. III. *De* CADUCITATE *testamenti.* Caducæ vocantur dispositiones testamentariæ, quæ, licèt validæ sint a principio, exsecutionem tamen ob quasdam circumstantias sortiri non possunt. Istæ circumstantiæ designantur in Codice civili. 1° Si legatarius moriatur ante testatorem; art. 1039. Satis patet eum non posse acquirere jus quod nonnisi per mortem testatoris oritur. 2° Si moriatur ante eventum conditionis sub qua legatum relictum fuerat; art. 1040 : eadem applicatur ratio. Sed ex art. 1041 aliud dicendum foret, si ageretur de conditione quâ suspenderetur, non ipsa dispositio, sed exsecutio; tunc enim jus acquireretur et hæredibus legatarii transmitteretur. 3° Si res legata totaliter perierit vivente testatore; imò et eo mortuo, si perierit sinè culpa et facto hæredis, etiamsi esset in mora, dummodo æquè peritura fuisset apud dominum; art. 1042 : in priori casu, legatarius nullum jus acquirere potuit in rem non existentem; in posteriori, liberatur hæres vel non liberatur, juxta principia posita ubi *de Interitu rei* (n° 272). 4° Si legatarius legato renuntiet, aut inhabilis sit ad illud recipiendum; art. 1043.

Ex caducitate testamenti oritur aliquando quod vocant jurisperiti *Jus accrescendi* (*Droit d'accroissement*) : scilicet cùm legatum pluribus conjunctim relictum fuit, deficiente uno e legatariis, pars deficientis aliis accrescit; art. 1044. Quandonam legatum censeatur conjunctim factum, statuitur art. 1044 et 1045 : quorum explicatio non paucis controversiis locum dedit.

346. IV. *De* RESCISSIONE *testamenti.* Quamvis testamentum morte testatoris confirmetur, possunt hæredes hujus rescissionem postulare duplici ex causa. 1° In casibus revocationis per legem admissis. Ex art. 1046, quædam ex causis quibus vidimus revocari donationes inter vivos, sufficiunt pariter ad revocationem testamenti : nempe si legatarius non exsequatur conditiones sibi impositas, quas adimplere

potest; si vitæ testatoris insidiatus fuerit, vel si sævitiarum, delicti, aut injuriæ gravis erga eum reus fuerit; item si gravem injuriam memoriæ ejus intulerit, ex art. 1047. Non constat an revocetur testamentum per supervenientiam filii, de qua in præsenti non loquitur Codex civilis. 2° Si adsit in testamento quædam nullitas.

Quoad tempus intra quod postulari potest rescissio, seu quo elapso præscribitur nullitas. 1° Si rescissio fundetur in injuria illata memoriæ defuncti, postulari debet intra annum a die delicti; art. 1047. 2° Si in inexsecutione conditionum, non adest præscriptio nisi post 30 annos (n° 340). 3° Demum si agatur de postulanda testamenti nullitate propriè dicta, actio non præscribitur nisi post 30 annos, juxta art. 2262: non applicatur art. 1304, qui non exigit nisi 10 annos; ille articulus loquitur tantùm de conventionibus, nec respicit testamenta, juxta jurisperitos.

Art. 5. *De regulis quasdam donationum species peculiariter respicientibus.*

347. Agemus 1° de donationibus cum onere servandi et reddendi tertiæ personæ, seu de substitutionibus; 2° de distributione bonorum factâ hæredibus; 3° de donationibus in causa matrimonii.

§ 1. *De substitutionibus.*

348. Per substitutionem generatim intelligitur dispositio quâ unus designatur bona accepturus in defectum alterius. Duplex distinguitur; directa, et fideicommissaria. Substitutio *directa,* quæ in jure Romano dicebatur etiam substitutio *vulgaris*, ea est quâ quis vocatur ad bonum consequendum in locum alterius qui nolit aut non possit illud consequi: v. g., *Joannes hæres esto; si Joannes hæres non erit, Petrus hæres esto.* Substitutio *fideicommissaria* ea est quâ quis vocatur ad bonum consequendum, cum onere illud servandi et postea reddendi tertiæ personæ. Dicitur etiam simpliciter fideicommissum: qui rogatur restituere dicitur *Fiduciarius*, *Gravatus*, *le Grevé;* is verò cui restituendum est vocatur *Fideicommissarius*, *Vocatus*, *l'Appelé, le Substitué.*

De substitutione directa nulla movetur difficultas: ex art. 898, non solùm valida agnoscitur, sed neque vocari debet substitutio: sicuti nec dispositio quâ uni legatur ususfructus, alteri nuda proprietas; art. 899. Prohibitio

igitur lata art. 896 respicit substitutiones fideicommissarias, quæ olim in magno favore habebantur in plerisque provinciis, utpote splendorem familiarum foventes, sed quæ in novo rerum ordine, jam ab anno 1792, sunt reprobatæ tanquam bonorum culturæ et circulationi nocivæ, multarum litium origo, etc.; addi potest insuper, ob easdem rationes præcisè propter quas olim admittebantur. Hinc concludunt quidam prohibitionem attingere forum internum, quia lata est ex motivo boni publici; alii verò, eam esse injustam, utpote ex ideis democraticis ortam. Nobis videtur, inter varias rationes quæ ex utraque parte afferri possunt, quæque vim majorem minoremve habere possunt pro variis locorum et temporum circumstantiis, rem non esse satis apertam, ut sub injustitiæ prætextu infirmari possit dispositio legis : unde eam in ipso conscientiæ foro valere existimamus, juxta principia jam exposita. Cæterùm prohibitioni appositæ sunt quædam exceptiones : unde loquemur seorsim de substitutionibus prohibitis, et deinde de iis quæ permittuntur.

349. I° *De substitutionibus* PROHIBITIS. — Art. 896 prohibet generatim substitutiones : deinde statuit dispositionem, quâ donatario, hæredi instituto vel legatario imponitur onus rem servandi et reddendi tertiæ personæ, irritam esse etiam quoad donatarium, hæredem institutum, vel legatarium. Igitur non tantùm irritatur substitutio, sed et ipsa donatio, adeò ut non solùm fiduciarius non teneatur alteri tradere, sed nec ipse retinere possit : sicque substitutio differt a cæteris conditionibus illicitis adjectis donationi, quæ ex art. 900 pro non scriptis habentur, et vitiantur non vitiant. Ita statutum fuit, 1° quia alioquin timendum fuisset ne donatarius se adstrictum crederet ad rem reddendam, et sic lex scopum suum non attigisset ; 2° quia in tali dispositione non satis agnoscitur cuinam, utrùm priori donatario, utrùm posteriori, favere potissimùm intenderit donator. Ita jurisperiti. Ideo autem nulla mentio fit de hærede legitimo, quia spoliari non debet bonis quæ ipsi obveniunt, non a voluntate testatoris, sed ab ipsa lege.

Sed difficultas est in assignando præcisè quandonam

adsit substitutio in sensu quem intendit legislator. Generatim adest substitutio prohibita, quando quis *in donatione vel testamento imponit donatario, hæredi instituto, vel legatario onus rem servandi et postea reddendi tertiæ personæ cui etiam vult favere.*

Dicitur 1° *In donatione vel testamento*, quia de essentia substitutionis est ut liberalitas exerceatur erga eum cui onus imponitur. Hinc axioma : *Nemo oneratus, nisi honoratus.* — 2° *Onus* imponit, id est, strictè obligare intendit, quia si adesset mera deprecatio, judicavit Curia Bruxellensis, 4 april. 1807, non adesse substitutionem prohibitam : illudque judicium infirmare recusavit Curia suprema. — 3° *Donatario vel hæredi instituto*, quia si agatur de hærede necessario (*à réserve*), ejus reservatio neque ipsi adimi, neque gravari potest : unde nec valebit onus impositum, nec applicabitur art. 896. — 4° *Rem servandi*, quia si posset rem destruere, non adesset substitutio; nec pariter si deberet statim tradere, quia substitutio requirit ordinem successivum, seu ut unus post alterum accipiat, sicque ei substituatur. Intelligitur autem *servandi ut dominus, ut proprietarius;* si enim servare deberet ut merus administrator, v. g., quia verus legatarius est minor, vel absens, non esset substitutio, sed quod olim gallicè vocabant jurisperiti *Fiducie.* — 5° *Reddendi tertiæ personæ :* per hoc præsertim constituitur substitutio; sic illa tertia persona recipit e manu prioris donatarii, non verò donatoris, proindeque, ut loquuntur auctores, *obliquo modo.* Sic etiam adest in substitutione *eventualitas*, quia requiritur ut tertia illa persona sit inter vivos quando jus donatarii exstinguetur. — 6° *Cui vult etiam favere*, quia requiritur ut ille cui res reddenda est eam recipiat titulo liberalitatis, non verò debiti.

350. En igitur substitutionis notio ; ex qua intelligitur 1° *duas* in ea includi *donationes* factas ab auctore dispositionis seu a fideicommittente. Illæ donationes sunt *successivæ :* vi illarum proprietas in uno incipit quando desinit in altero ; prior est tantùm *ad certum tempus*, posterior tantùm *ex certo tempore.* Debent esse *invicem conjunctæ,*

ita ut efforment veluti quoddam totum indivisibile. Debent demum esse *ex natura sua validæ*, id est, tales ut valerent nisi per prohibitionem substitutionis attingerentur : si institutio sit in se irrita, v. g., quia in gratiam incapacis, vel sinè formis a lege requisitis, etc., non irrita erit substitutio, modò per idem vitium non attingatur; valebit tunc ut donatio directa et principalis : si contrà substitutio sit in se irrita, independenter a prohibitione de qua nunc agimus, ita ut non valeret etiamsi substitutiones permitterentur, non irrita erit donatio primaria ; quod nullum est, nullum producit effectum.

Intelligitur 2° requiri *tractum temporis;* cùm enim ille tantùm reddere possit qui accepit, aliquod necessariò reperitur intervallum inter receptionem et transmissionem. Juxta sententiam communiorem, art. 896 non attingit nisi dispositiones quibus imponitur onus rem servandi toto vitæ decursu, et post mortem transmittendi : sic intellecta videtur prohibitio in discussionibus legis.

Quidam tamen propugnant, argumentis non spernendis, attingi quoque fideicommissa quibus imponeretur tantùm onus servandi per aliquod tempus. Sed cùm ex una parte prohibeantur ex communi sententia substitutiones conditionalæ (v. g., Instituo Petrum hæredem, et si sinè liberis moriatur, hæreditatem Paulo reddet); ex altera verò permittantur per art. 1040 legata conditionata, vix aliter hæc duo conciliari possunt quàm si dicatur cum plerisque jurisperitis adesse substitutionem quando onus reddendi, positâ conditione, non respicit nisi tempus mortem gravati subsecuturum; adesse verò legatum conditionatum, quando mors gravati non est exspectanda.

351. Hinc deduci potest quid sentiendum de conventione plurium qui, simul boni cujusdam dominium habentes, invicem paciscerentur ut *pars priorum qui morerentur cæteris accresceret*, adeò ut *totum bonum ad ultimum superstitem deveniret?*—Primo intuitu videri posset ibi adesse substitutionem prohibitam ; quilibet enim tenetur servare suam partem, eamque reddere superstitibus, ita ut ultimus sit verè donatarius cæterorum, quemadmodum quilibet jam fuerat donatarius præmortuorum : proindeque reperiri videtur ordo ille successivus per quem constitui substitutionem vidimus. Sed potiùs dicendum

conventionem illam non esse eo sensu intelligendam. Ibi adest contractus onerosus et aleatorius : quilibet non aliis præcisè favere vult, sed proprium commodum quærit; potest amittere, potest acquirere, prout vel ante, vel post alios morietur : unde est veluti quædam loteria. Non est igitur donum aut liberalitas, nec proinde substitutio. In eo sensu judicarunt varia tribunalia. Et testatur ROLLAND DE VILLARGUES in eo sensu etiam pronuntiare administrationem quæ dicitur *Régie de l'Enregistrement*, quæ non exigit tributum (*le droit de mutation*) quando priores præmoriuntur.

352. Duo observanda supersunt circa applicationem prohibitionis hactenus expositæ. — 1° In praxi aliquando satis difficile est discernere an talis vel talis dispositio haberi debeat ut substitutio prohibita : quid in dubio tenendum? Olim cùm substitutiones permitterentur, ea dabatur dispositionibus ambiguis interpretatio, juxta quam voluntas disponentis totum suum produceret effectum, proindeque in sensu substitutionis. Hodie verò, cùm substitutiones generatim prohibeantur, in dubio præsumendum est non adesse substitutionem : tum quia nemo præsumi debet facere voluisse dispositionem prohibitam; tum quia ex axiomate juris, sancito per articulum 1157 Codicis civilis, qui testamentis non minùs ac contractibus applicari debet, *Actus potiùs intelligendus est ut valeat, quàm ut non valeat.* Igitur quotiescumque actus poterit, illæsis principiis et salvo verborum sensu, intelligi in sensu alicujus dispositionis licitæ, judicandum erit non esse substitutionem. Ita communiter jurisperiti.

2° Quoad ipsum factum seu existentiam substitutionis, satis constat, si scripta sit in actu authentico. Sed si non allegetur nisi substitutio verbalis, quamvis nonnulli dicant non posse probari per testes, quia substitutio fieri non potest nisi in forma donationis aut testamenti, propugnant alii admitti posse quamcumque probationem, quia agitur de probanda fraude contra legem irritantem. Observant tamen juramentum donatario deferri posse tantùm de pacto inter ipsum et donatorem inito contra prohibitionem,

non verò de intentione rem reddendi personæ designatæ; ut enim lex servetur, sufficit ut non obligetur ad reddendum, siquidem ex dictis deprecatio etiam expressa in dispositione eam non violaret: item, concedendam non esse facultatem probandi donatorem, faciendo donationem, existimasse legatarium rem redditurum esse tertio, quia, ut dicitur in judicio curiæ Cadomensis, 31 jan. 1827, « L'opinion que peut avoir un donateur de l'emploi pro» bable des objets donnés, ne peut jamais être considérée » comme une condition, même tacite, apposée à la dona» tion, ni constituer un fidéicommis. » Cæterùm satis constat eum qui velit bona quædam successivè transferri ad personas quæ ea juxta intentionem suam adhibeant, magnâ uti debere prudentiâ, ne spes sua frustretur effectu: cùm enim maximam auctoritatem habeant tribunalia in actuum interpretatione, facilè eâ utentur ad irritandas præsertim dispositiones quas agnoscent factas, v. g., in bona opera, et, ut mundani facilè judicant, cum detrimento familiarum. In his casibus, plurimi interest ut maxima libertas relinquatur donatario aut legatario, neque iis imponatur onus unde deduci possit existentia substitutionis: ne tamen donatoris aut testatoris spem fallant, magnâ curâ seligendi sunt; alioquin valde timendum est ne cupiditate abripiantur, ut non raró evenit.

353. II° *De substitutionibus* PERMISSIS.—Ad duo capita referri possunt, nempe ad substitutiones in gratiam cognatorum, et ad majoratus.

I. De substitutionibus *in gratiam cognatorum*. Quando promulgatus est Codex civilis, legislator noluit quidem servare nomen substitutionis, rem tamen retinuit in gratiam liberorum, qui a patre dissipatore orti metuendum haberent ne ad statum miseriæ redigerentur. Igitur ex art. 1048, pater et mater omnia bona quorum liberam dispositionem habent, uni vel pluribus ex filiis suis dare possunt, sive inter vivos, sive per testamentum, cum onere ea reddendi liberis ex ipsis natis vel nascituris, in primo gradu tantùm : ex art. autem 1049, qui nullos habet descendentes, potest pariter bona sua non reservata dare uni vel pluribus fratribus aut sororibus, cum onere ea reddendi liberis ex ipsis natis aut nascituris, in primo gradu tantùm. Hæc autem facultas latiùs extensa fuit per legem 17 maii 1826. Scilicet 1° Ex Codice civili, nonnisi pater aut mater, vel frater aut soror, poterant dare cum onere reddendi : dum ex postrema lege id possunt etiam extranei sed

substitutionem instituere nequeunt nisi in gratiam posterorum donatarii. 2° Ex lege nova, substitutio extendi potest usque ad secundum gradum, dum ex Codice civili restringebatur ad primum. 3° Ex lege nova, substitutio fieri potest in gratiam unius aut plurium ex filiis donatarii : dum ex Codice civili, art. 1060, non valebat dispositio nisi substitutio fieret in gratiam omnium donatarii filiorum natorum et nasciturorum, absque ullo ætatis aut sexûs distinctione.

Cæterùm sive ex Codice civili, sive ex lege an. 1826, substitutio non potest attingere nisi portionem disponibilem ; quia ille tantùm potest onus bonis annectere qui liberè potest de iis bonis disponere : si quis tamen ultra hanc portionem daret, non ideo esset irrita dispositio, sed tantùm reductibilis, juxta art. 920. Pariter ex utraque lege, cùm substitutio fieri possit per donationem, vel per testamentum, servandæ sunt formæ pro iis præscriptæ : in donatione tamen sufficit acceptatio gravati, nec requiritur acceptatio eorum qui vocantur ad substitutionem, qui possunt non esse nati, et pro quibus acceptat eorum pater aut avus.

354. De *vi* autem seu *effectibus* hujusmodi substitutionum hæc observari possunt. — 1° Vi dispositionis gravatus acquirit dominium rei, sed resolubile per eventum subsequentem, nempe si adsint vocati qui rem accipiant, quando cessabit fruitio gravati ; si autem non adsint, penès eum remanet dominium : vocati non habent dominium, sed tantùm jus ad rem, seu spem juris. Ita explicant omnes jurisperiti. Hinc 1. alienationes factæ a gravato sunt resolubiles ad nutum eorum in quorum gratiam constituta est substitutio : gravatus enim non potuit transmittere nisi jus quod habebat. Hinc 2. dubium est an bona substitutione gravata acquiri possint præscriptione a tertio detentore : ex una parte, præscriptio videtur currere posse contra gravatum ; ex altera, non debet currere contra vocatos, qui agere nequeunt. Hinc 3. non constat an dispositio revocari possit per consensum donatoris et gravati, quando jus vocatorum nondum apertum est. Olim statuebatur id fieri non posse : hodie silet Codex. Sed cùm vocatus habeat jus conditionatum, potest de illo pacisci, sive cum gravato, sive cum aliis : neque id haberi potest tanquam conventio circa successionem futuram : nam ex jurisperitis substituti rem accipiunt a gravante, non a gravato ; si ergo res jam fuerit penès gravatum, et proinde successio gravantis jam aperta supponatur, nulla adest ex hac parte difficultas.

2° Quando bona transeunt ad gravatum, variæ ei imponuntur obligationes, de quibus videri possunt art. 1058 et seq. Poterit disponens, ex art. 1055, nominare tutorem qui exsecutioni suarum dispositionum invigilet : si non nominaverit, debet gravatus, ex art. 1056, curare ut nominetur intra mensem a die quo mortuus est disponens, vel quo cognita est dispositio ; et si id negligat, excidit e jure suo, juxta art. 1057.

3° Vocatorum jus incipit statim ac quâcumque ex causa cessat fruitio gravati ; art 1053. Causæ illæ sunt mors naturalis aut civilis gravati ; eventus termini aut conditionis, si a disponente assignata fuerint ; abdicatio seu renuntiatio facta ab ipso gravato, sed ex eodem arti-

culo 1053 hæc nocere non potest creditoribus anterioribus gravati; negligentia de qua statuit art. 1057.

4° Substitutiones exstinguuntur, 1. si deficiant conditiones quæ appositæ fuerant; 2. si vocati sint incapaces accipiendi eo tempore quo aperitur substitutio; 3. si revocetur testamentum in quo continebatur dispositio; 4. tandem si ipsi vocati renuntient substitutioni. Si caduca fiat institutio quâ continebatur substitutio, v. g., si legatarius cui imponebatur onus reddendi moriatur ante testatorem, stat nihilominus substitutio, et hæredi legitimo incumbit onus quod legatario incubuisset, si non esset præmortuus.

355. II. *De majoratibus.* — Ex ultima dispositione quæ addita fuerat articulo 896 Codicis civilis, bona libera dotationis instar annexa titulo hæreditario quem Rex erexisset in gratiam cujusdam principis aut capitis familiæ, poterant transmitti hæreditariè, quemadmodum ordinabatur in decretis 30 martii et 14 augusti 1806. Istæ igitur erant substitutiones ex natura sua perpetuæ. Verùm lex 12 maii 1835 statuit nullam deinceps admittendam fore institutionem majoratuum; majoratus jam institutos non extendendos fore ultra duos gradus, præter institutionem; imò fundatorem majoratûs posse eum revocare in totum vel in partem, aut ejus conditiones mutare, excepto tamen casu quo superesset vocatus qui ante hanc legem iniisset matrimonium non dissolutum vel ex quo superessent liberi.

§ 2. *De partitione bonorum factâ hæredibus.*

356. Quasdam regulas statuit Codex civilis, art. 1075 et seq., de partitione facta ab ascendentibus, quibus aliquid peculiare concedit, nempe jus partiendi bona etiam reservationi obnoxia, quod non competeret, v. g., descendentibus quoad bona ascendentibus reservata. Nihil obstat quin eadem partitio fieri possit ab eo qui non habet nisi hæredes collaterales, seu non necessarios; non videtur enim cur ille qui potest hæredes collaterales a sua successione prorsus excludere, non posset bona sua inter eos partiri prout ipsi libuerit: sed tunc applicandæ non erunt regulæ speciales Codice civili sancitæ, quas breviter indicabimus.

1° Fieri potest sive testamento, sive donatione inter vivos, servatis solemnitatibus, conditionibus et regulis jure præscriptis; art. 1076. Hinc si fiat per donationem, non potest complecti nisi bona præsentia, juxta art. 943: si verò in causa mortis, non potest fieri a patre et matre per unum et eumdem actum; obstat art. 968.

2° Necessarium non est ut hæc partitio comprehendat omnia disponentis bona: bona non comprehensa, et tempore ejus mortis existentia, dividentur secundùm juris præscripta; art. 1077. Sed necessarium est ut extendatur ad omnes filios tempore quo moritur disponens superstites, et ad descendentes præmortuorum: alioquin omnino irrita erit, et nullitas invocari poterit etiam ab iis inter quos partitio locum habuerit; art. 1078.

3° Partitio rescindi potest, si unus e filiis ultra quartam partem læsus sit, vel si unus ultra emolumentum lege permissum receperit;

art. 1079. Ratio prioris partis est, quia cùm natura partitionis postulet æqualitatem, si hæc desit, præsumitur id oriri ex errore et contra voluntatem disponentis. Non tamen sufficit quæcumque læsio, quia varia esse potest bonorum æstimatio; et si propter minimam inæqualitatem locus fuisset rescissioni, nulla partitio firma remansisset. Ex posteriori parte intelligitur in partitione aliquid dari posse uni e filiis, ut dicitur, *par préciput et hors part :* unde quando æqualitas exigitur, id intelligendum, nisi aliter disponens expressè statuerit. Sub eo tantùm respectu partitio potest esse actus liberalitatis. Sed tunc videndum utrùm hæc liberalitas excedat portionem disponibilem, et noceat reservationi aliorum filiorum. Cæterùm, ille qui postulat rescissionem partitionis debet primùm solvere varias expensas, sive pro æstimatione, sive pro lite, faciendas; et eas ultimatè perferet, si non admittatur illius reclamatio; art. 1080.

4° Non statuit Codex civilis utrùm et quatenus illi quibus fit partitio bonorum teneantur solvere debita disponentis? — Si facta fuerit per testamentum, dubium non est quin teneantur de debitis, quemadmodum in successionibus ordinariis. Sed si facta fuerit inter vivos, non tenentur de debitis contractis post partitionem; quia ex art. 945 donatario imponi neqnit onus solvendi debita tempore donationis nondum existentia : quoad debita autem tempore partitionis existentia, si disponens aliquid statuerit, hujus voluntati standum est; sed si nihil statuerit, ratio habenda est modi quo facta est partitio, an sit titulo particulari, an universali, et applicanda principia generalia.

§ 3. *De donationibus in causa matrimonii.*

357. Propter favorem matrimonii, donationes quæ fiunt in gratiam sponsorum, vel inter ipsos, regulis minùs strictis subjacent, et plures stipulationes admittunt quæ in cæteris donationibus omnino reprobantur. Agemus seorsim de donationibus quæ fiunt sponsis in contractu matrimonii, et de iis quæ fiunt inter sponsos.

I° *De donationibus quæ* FIUNT SPONSIS IN CONTRACTU MATRIMONIALI. — Illæ donationes in pluribus a cæteris differunt. 1° Impugnari aut irritæ declarari nequeunt propter defectum acceptationis; art. 1087 : cujus sensus est non requiri acceptationem terminis expressis (art. 932), sed sufficere acceptationem tacitam, quæ deducitur ex donatarii præsentia et subscriptione ad contractum matrimonialem. 2° Revocari pariter nequeunt propter ingratitudinem; art. 959 : ut jam (n° 341) diximus. 3° Fieri possunt sub conditione quæ pendeat à potestate donatoris; art. 1086 : sic potest donator imponere obligationem solvendi debita et onera successionis; et ad id tenebitur donatarius, nisi malit renuntiare donationi : sic potest etiam donator sibi reservare facultatem disponendi de aliquo objecto in donatione comprehenso, vel de certa summa e bonis donatis desumenda; et tunc si moriatur antequam de his disposuerit, hæc pertinebunt ad donatarium vel ad ejus hæredes; *ibid.* 4° Demum possunt includere, non solùm bona præsentia, sed etiam futura. Hinc tres distinguuntur donationum hujusmodi species, de quibus peculiares regulæ traduntur.

358. I. *De donatione bonorum præsentium.* — Hæc donatio, licèt facta in contractu matrimoniali, regulis generalibus donationum subjacet, iis exceptis quæ modò diximus; 1081. Hinc 1° fieri nequit directè in gratiam filiorum ex matrimonio nasciturorum; *ibid.* : quia nempe ex art. 906 donatio fieri nequit nondum existentibus; sed fieri potest in gratiam filiorum per modum substitutionis, ex dictis (n° 353). Hinc 2° si sit rerum immobilium, requiritur transcriptio, juxta art. 939; si verò mobilium, et fiat per actum, sinè traditione, index æstimatorius, juxta art. 948.

Dicitur *Licèt facta in contractu matrimoniali*, quia sive ex hoc articulo, sive ex principiis generalibus deducunt auctores donationem bonorum præsentium fieri posse etiam extra contractum matrimonialem, seu per actum separatum. In eo casu, modò ex ipso actu constet hanc fieri in favorem matrimonii et quidem talis matrimonii jam designati, non solùm valida erit, sed agnoscenda erit tanquam facta reipsa in favorem matrimonii : subjacebit proinde regulis quæ pro talibus donationibus latæ sunt; v. g., fiet caduca, si non sequatur matrimonium, ex art. 1088; revocari non poterit propter ingratitudinem, ex art. 959; sed non subjacebit regulis quæ non respiciunt nisi donationem factam in contractu matrimoniali, v. g. art. 1086, 1087 : qui extendi non debent ultra casus de quibus loquuntur.

359. II. *De donatione bonorum quæ donatori supererunt tempore mortis.* — Hæc permittitur per derogationem regulæ generali sancitæ art. 943 : deducitur hæc derogatio ex art. 947 et 1082.

Duo præcipuè de illa statuuntur. 1° Hæc donatio censetur facta in gratiam sponsi aut sponsorum, et filiorum ex matrimonio nasciturorum, licèt in actu mentio istorum facta non fuerit; art. 1082. — 2° Est irrevocabilis in eo sensu tantùm quòd donator ampliùs non possit de bonis donatis disponere titulo gratuito, nisi pro modicis summis remunerationis causâ vel alia de causa legitima; art. 1083.

Hæc igitur donatio, quæ olim vocabatur et nunc vocari potest *Institution contractuelle*, veluti medium tenet inter donationem inter vivos, et testamentum : differt a donatione, quia non statim transfert dominium ad donatarium; a testamento, quia non est revocabilis ad nutum disponentis, quamvìs frustrari possit suo effectu per dispositiones titulo oneroso. Ex art. 1082, fieri debet in contractu matrimoniali.

360. III. *De donatione bonorum præsentium et futurorum.* — Hæc est tertia donationis species, cui, ex art. 1084, debet annecti index debitorum et aliorum donatoris onerum existentium tempore donationis. Hoc posito, duo sunt peculiaria isti donationi. 1° Donatarius facultatem habet bona donata dividendi, et bona præsentia exclusivè capiendi, solvendo debita aliaque donatoris onera quæ existebant tempore donationis; sicque differt ab institutione contractuali, ubi accipienda vel repudianda sunt bona donatoris, prout reperiuntur tempore mortis illius. 2° Hæc donatio est absolutè irrevocabilis quoad bona existentia tempore donationis, et de illis neque titulo oneroso, neque titulo gratuito donator disponere potest. Dum contrà, si deficiat

index memoratus, donatarius tenebitur acceptare vel repudiare hanc donationem ex integro ; si acceptet, non poterit exigere nisi bona existentia tempore quo moritur donator, et tenebitur de omnibus debitis et oneribus successionis ; art. 1085. Ultima verba articuli indicant solvenda esse debita existentia tum tempore donationis, tum tempore mortis ; sed inde non concludendum quòd donatarius ea solvere debeat ultra portionem sui emolumenti ; v. g., si dono acceperit quartam partem bonorum, tenebitur tantùm ad quartam partem debitorum.

361. Observandum superest, 1° donationes sponsis factas in contractu matrimoniali esse nihilominus, quando aperitur successio donatoris, reductibiles ad portionem de qua ex lege disponere poterat ; art. 1090 : quantuscumque sit favor matrimonii, prævalere non potuit motivis ex quibus inducta est reservatio. 2° Hujusmodi donationes esse semper irrevocabiles ex parte donatoris, in eo sensu quòd, licèt possit eas modificare in casibus de quibus art. 1082, 1084, 1086, nunquam possit eas directè revocare per actum contrarium : solæ causæ revocationis sunt inexsecutio conditionum (art. 953), et supervenientia filiorum (art. 960).

362. II° *De donationibus quæ* FIUNT INTER SPONSOS. — Codex civilis hic loquitur de donationibus quæ fiunt tum ante matrimonium seu in contractu matrimoniali, tum durante matrimonio : sed tradit quasdam regulas utrisque communes, de quibus primùm dicendum.

I. *Regulæ generales.* — 1° Hujusmodi donationes non revocantur ob supervenientiam filiorum ; art. 960 : prolis legitimæ nativitas imprimis intenditur a contrahentibus.

2° Diversa est bonorum pars quam sibi invicem donare possunt sponsi, pro diversis casibus in quibus versantur : quatuor distingui possunt. — 1. Si donator nec ascendentes, nec descendentes habeat, omnia sua bona alteri conjugi donare potest : nulla tunc existit reservatio, ex antea dictis. — 2. Si ascendentes tantùm habeat, conjugi suo dare potest eam partem quam extraneo dare posset, et insuper usumfructum alterius portionis quam lex ascendentibus reservat ; art. 1094. — 3. Si descendentes habeat ex sponso cui donare intendit, potest ipsi dare vel quartam partem quoad plenam proprietatem, et quartam partem quoad usumfructum, vel dimidiam partem quoad usumfructum tantùm ; art. 1094. — 4. Demum ille qui habet filios ex præcedenti matrimonio, et novum matrimonium init, non potest donare sponso nisi partem æqualem parti filii legitimi minus capientis, et nunquam ultra quartam partem hæreditatis suæ ; art. 1098.

3° Ne eludi possint dispositiones mox allatæ, statuit lex, art. 1099, non posse conjuges sibi donare indirectè ultra quod eis permittitur, et irritam esse omnem donationem simulatam, vel factam per personas interpositas : art. autem 1100 declarat quænam personæ reputari debeant interpositæ. Vid. quæ antea diximus (n° 78).

363. II. *Regulæ speciales de donationibus quæ fiunt inter sponsos in contractu matrimoniali.* — 1° Possunt sponsi in contractu matrimoniali facere sibi invicem, vel simpliciter unus alteri, quascumque

donationes, id est, sive bonorum præsentium, sive futurorum, sive præsentium simul et futurorum, salvis tamen quibusdam modificationibus mox afferendis; art. 1091. — 1. Donatio *bonorum præsentium* non censetur facta sub conditione quæ dicitur *de Survie*, id est, *Si donatarius superstes fuerit;* et subjicitur regulis et formis suprà præscriptis pro hujusmodi donationibus: art. 1092. — 2. Donatio *bonorum futurorum*, vel *præsentium simul et futurorum*, facta inter sponsos per contractum matrimonialem, subjicitur iisdem regulis ac donatio facta ab extraneo; nisi quòd in casu quo sponsus donatarius moritur ante donatorem, bona liberis ex matrimonio procreatis non transmittuntur, sed ad donatorem redeunt; art. 1093. Ratio exceptionis est, quia hæc bona filiis obvenient in successione. — 2° Minores non prohibentur easdem donationes facere, sed indigent, ut validè eas faciant, consensu et assistentiâ eorum quorum consensus requiritur ad matrimonium; art. 1095. Sed ea facultas non respicit nisi donationes factas in contractu matrimonii.

364. III. *Regulæ speciales de donationibus quæ inter sponsos fiunt durante matrimonio.* — Hujusmodi donationes non omnino prohibentur, prout prohibebantur jure Romano antiquo, et in multis Galliæ consuetudinibus. Attamen ne sponsi mutuo amore seducti seipsos spolient, neve concordia conjugalis pretio emi videatur, aut præbeatur rixis occasio, hæc statuuntur. 1° Hujusmodi donationes, licèt inter vivos conceptæ, semper quamdiu constat matrimonium revocari possunt, et uxor ad hanc revocationem nullâ auctoritate indiget; art. 1096. Nulla specialis forma pro hac revocatione præscribitur. Non revocantur per supervenientiam filiorum; art. 1096: cùm donator semper revocare possit, si non revocet, signum est eum perseverare in sua voluntate. — 2° Non possunt sponsi, durante matrimonio, sibi mutuam donationem per unum et eumdem actum facere, sive inter vivos, sive per testamentum; art. 1097.

Illæ donationes, cùm sint revocabiles, accedere videntur ad donationes in causa mortis; attamen verba ipsa art. 1096 indicant fieri posse per modum donationis inter vivos, et judicavit Curia suprema iis applicandum esse art. 948, quo exigitur index æstimatorius bonorum mobilium quæ sunt objectum donationis inter vivos. Est ergo veluti quoddam medium inter donationem inter vivos, et donationem in causa mortis: est donatio conditionata, nempe sub conditione quòd non revocetur.

CAPUT III.

DE VENDITIONE-EMPTIONE.

365. Nullus certè est contractus cujus usus sit frequentior, et ad vitæ communis commoda magis necessarius. Hinc hujus regulas apprimè notas habere debent confessarii: eòque majori curâ debemus eas investigare, quòd, ut

jam notavimus (n° 275), plures ex iis sint cæteris contractibus onerosis applicandæ. Itaque contractus venditionis, ad mentem juris nostri, definiri potest : *Contractus quo transfertur rei alicujus dominium pro pretio determinato.* Unde tria ad essentiam venditionis concurrunt, res, pretium et consensus : si vel unum deficiat, jam non adest venditio.

366. I. Dicitur *Contractus :* exponendum est qualis sit, seu ad quamnam contractuum speciem pertineat.—1° *Non solemnis :* quia nulla specialis forma in jure præscribitur; potest fieri vel in forma authentica, vel per scriptum privatum, ex art. 1582 : imò potest fieri, etiam pro immobilibus, per mera verba ; si eum agnoscant contrahentes, cogentur ad exsecutionem, poterit probari per testes ad sensum art. 1341 et seq. Excipiuntur tamen quædam objecta in quorum venditione lex scripturam exigit : ita pro venditione navis, art. 195 Codicis commercii; pro venditione titulorum qui dicuntur *Brevets d'invention*, lex 14-25 maii 1791 exigit scriptum coram notario. Fieri potest etiam ut ex conventione partium scriptura pertineat ad substantiam venditionis, si nempe antea non sit in eorum mente nisi merum propositum a quo ipsis recedere liceat. — 2° *Consensualis*, id est, qui perficitur solo consensu, et transfert ordinariè dominium antequam res fuerit tradita ; art. 1583. Ille quidem articulus dicit tantùm contractum perfectum esse *inter partes*, et dominium acquiri *erga venditorem ;* unde quidam concludere voluerunt emptorem non esse absolutè et quoad omnes dominum. Verùm talis non est illius sensus : juxta Delvincourt, hæc verba duo significant : venditionem non nocere juribus quæ alii antea habere poterant in rem venditam ; venditorem, licèt rei non dominum, non posse postea evincere emptorem, qui erga ipsum semper reputatur proprietarius : quod verum est, etiamsi venditor interim factus fuisset rei dominus. Diximùs *Ordinariè*, quia principio generali quasdam exceptiones seu modificationes apposuit Codex civilis. 1. Quando agitur de *bonis mobilibus*, emptor, ex art. 1141, non censetur ante tra-

ditionem dominus erga personas extraneas, modò sint bonæ fidei. 2. Si agatur de rebus quæ venduntur *juxta pondus, numerum* aut *mensuram*, non statim absolutè perfecta est venditio; art. 1585 : dum ex art. 1586 venditio statim perfecta foret, si facta fuisset, ut dicitur, *en bloc*. Sed advertendum est in priori articulo explicari quonam sensu venditio statim perfecta non sit, scilicet in eo sensu quòd res remaneat periculo venditoris. Ratio desumenda videtur ex parte indeterminationis : scilicet supponendum est quidem objectum esse aliquatenus determinatum ; si enim esset venditio tantùm *generis*, non posset perire, cùm *Genus non pereat :* sed simul supponendum non adesse determinationem sufficientem ut constet de jure sive venditoris, sive emptoris ; et sic concipitur quomodo interitus recidat in venditorem. 3. Quando agitur de rebus *quæ gustari solent*, v. g., de vino, oleo, etc., non adest venditio, donec emptor eas gustaverit et probaverit ; art. 1587 : unde, ait Delvincourt, res semper perit venditori ; exceptâ tamen materiâ commercii, de qua aliter statuitur art. 100 Codicis commercii. 4. Quando venditio fit, ut dicitur, *à l'essai*, statuit art. 1588 talem venditionem censeri factam sub conditione suspensiva. Agnitum fuit indiscussione, et admittunt jurisperiti, posse contrahentes, si velint, pacisci per modum conditionis resolutoriæ : sed seclusâ conventione expressâ aut implicitâ, præsumitur conditio suspensiva. Unde sequitur, ut advertit Delvincourt, rem esse periculo venditoris.

367. II. Dicitur *Quo transfertur rei alicujus dominium*, quia illud est quod intendunt contrahentes. Attamen ex jure Romano necessarium non erat ut venditor dominium rei ad emptorem transferret, sed tantùm ut se obligaret ad rem tradendam et emptorem servandum indemnem ab omni evictione : idque admittebant theologi, ut Molina, de Lugo, etc. Idem apud nos vigebat, et fusè propugnabat Pothier, quamvis plerique theologi nostri ad id parum attenderent. Sed hodie satis certum videtur Codicem civilem recessisse ab illo principio juris Romani, quod vocat Troplong : *La subtilité du droit Romain, popula-*

risée en France par Pothier, ideoque sub jure novo translationem dominii pertinere ad essentiam venditionis. Illud sic probant jurisperiti. 1° Ambigua quidem videri potest venditionis definitio, art. 1582, ex qua venditor obligatur tantùm ad rem *tradendam;* quæ vox intelligi posset in sensu juris Romani : sed art. 1583 declarat vi venditionis perfectæ, etiam ante traditionem, *proprietatem* rei transire ad emptorem ; et art. 1662, 2181 et 2182 idem supponunt. 2° Ex art. 1604, traditio rem transfert *in potestatem* et possessionem emptoris : porrò verba illa, *En la puissance*, præsertim superaddita possessioni, satis expressè indicant proprietatem. 3° Art. 1599 irritam decernit venditionem rei alienæ; quam e contrario validam declarabat jus Romanum : ergo Codex civilis non admisit principium juris Romani. Et revera tribuni Faure et Grenier, explicando eum articulum, nituntur in eo quòd objectum, et scopus venditionis sit translatio proprietatis. Tenendum ergo putamus hodie ad venditionis essentiam pertinere ut rei dominium transferatur. Varia hujus principii consectaria in decursu occurrent, præsertim ubi loquemur *de Venditione rei alienæ* (n° 373 et seq.); ubi perspectum erit an mutatio per Codicem civilem inducta tanti sit momenti ac primo intuitu videtur.

368. His præmissis, agendum habemus 1° de iis qui vendere et emere possunt; 2° de re vendibili, seu merce; 3° de pretio; 4° de obligationibus venditoris; 5° de obligationibus emptoris; 6° tandem de quibusdam venditionis speciebus peculiaribus.

Art. 1. *De iis qui vendere et emere possunt.*

369. Ii omnes et soli vendere aut emere possunt, qui, jure communi, habiles sunt ad contrahendum, et quibus emendi vendendique capacitatem lex non sustulit ; art. 1594. In prima parte exposuimus, quinam ex jure communi possint aut non possint contrahere. Agendum est nunc de causis incapacitatis venditionem-emptionem speciatim respicientibus : possunt procedere vel ex parte venditoris, vel ex parte emptoris, vel ex parte utriusque.

I. *Ex parte venditoris.* — 1° Debitor cujus bona immobilia sub custodia tradita sunt, gallicè *le saisi*, hujusmodi bona alienare nequit; art. 686 (olim 692) Cod. judic. Illa nullitas, cùm nitatur lege seu sententiâ determinativâ proprietatis, effectum suum producit in conscientia ante sententiam judicis : imò in foro externo, est verè pleni juris, ut diximus (n° 64). — 2° Debitor qui foro cessit (*le failli*), a die judicii quo declarata est cessio amittit administrationem bonorum; art. 443 Codicis commercii : ac proinde ea vendere non potest. Imò hæc incapacitas ulteriùs extendi potest ex art. 446, 447, et ex art. 1167 Cod. civ., ut antea vidimus (n° 244-6).

370. II. *Ex parte emptoris.* — 1° Ex art. 1596, *tutores* non possunt, sub pœna nullitatis, emere vel per se, vel per personam interpositam, bona eorum quorum tutelam gerunt; *mandatarii*, bona quæ ex mandato vendere debent; *administratores* communitatum aut publicorum institutorum, bona quæ administrant; *præpositi publici*, bona nationalia quæ ipsorum ministerio venduntur. Ratio ita statuendi fuit, quia timendum foret ne isti conditione suâ abuterentur ad dissimulandum verum statum bonorum et viliùs emendum. Unde hæc nullitas est tantùm relativa : invocari potest tantùm ab iis in quorum gratiam constituta est, nempe a minore, etc., non verò ab incapacibus, qui non possunt arguere ex vitio conventionis quam ipsi contra legem inierunt. Ita omnes jurisperiti. Interpositio autem probanda est, nec applicatur art. 911, qui non respicit nisi donationes. — 2° Ex art. 711 Codicis judicialis, ille cujus bona posita fuerunt sub custodia et publicè venduntur (*le saisi réellement*), vel qui notoriè est *solvendo impar*, non potest ea emere : quomodo enim seria esse posset hujusmodi emptio? Prohibitio extenditur ad *judices*, et alios qui munus aliquod obeunt in tribunali cujus auctoritate fit venditio : timendum esset ne auctoritate suâ abuterentur ad removendos licitatores. — 3° Ex art. 1597 Cod. civ., *judices*, *procuratores*, *scribæ*, *advocati*, *notarii*, etc., non possunt emere jura litigiosa quæ sunt de foro tribunalis in cujus territorio munus suum exercent.

Ita statutum sive ex motivo mox allato, sive ex quadam honestate publica. Hæc nullitas, juxta plures jurisperitos, proponi potest ab omnibus quorum interest, exceptis talium jurium emptoribus, et ab ipso ministerio publico. — 4° Ex art. 176 Codicis pœnalis, varii magistratus, sive civiles, sive militares, prohibentur in locis suæ auctoritati subjectis commercium agere granorum aut liquorum, nisi ea in propriis fundis collegerint. Sed hæc est mera prohibitio, potiùs quàm incapacitas; non enim declaratur venditio irrita.

371. III. *Ex parte venditoris simul et emptoris.* — Ex art. 1595 Codicis civilis, vir et uxor non possunt inter se contractum venditionis inire nisi in triplici casu : 1. si unus alteri a quo est per sententiam judicis separatus, bona cedat in solutionem debiti; 2. si maritus uxori etiam non separatæ quædam bona transferat ex causa legitima, v. g., ad compensanda bona ejus alienata, vel pecuniæ summam ad eam pertinentem, modò hæc non includantur in bonis communitatis; 3. si uxor marito bona cedat in solutionem dotis promissæ, modò non sint sub regimine communitatis : salvis tamen, in triplici casu, juribus hæredum, si adsit donatio indirecta. Voluit legislator præcavere ne conjuges possent eludere dispositionem legum quibus prohibentur sibi dare ultra portionem determinatam, art. 1099; vel quibus statuitur donationes inter ipsos semper fore revocabiles, art. 1096 : item, ne maritus auctoritate suâ, ne uxor blanditiis suis abuterentur in damnum alterius : demum ne eâ viâ creditoribus damnum fraudulenter inferretur. Extra hos casus, venditio est irrita; nec valet ut donatio, cujus desunt formæ : ita saltem plures jurisperiti. Nullitas autem postulari potest ab ipsis conjugibus, vel ab eorum hæredibus : item a creditoribus, si probent actum fuisse initum in fraudem sui juris, quod facilè præsumitur quando jus illud ante actum initum existebat ; imò juxta quosdam, creditoribus opus non est ut probent fraudem, sed possunt nullitatem, utpote absolutam, invocare, etiamsi jus suum exortum non sit nisi post actum initum.

Art. 2. *De re vendibili, seu merce.*

372. Ex art. 1598, vendi possunt quæcumque sunt in commercio, nisi per leges peculiares prohibeatur eorum alienatio. Hic ergo applicanda sunt quæ diximus de *Materia contractuum* : ibi nonnulla expendimus ex iis quæ statuit Codex civilis circa objectum venditionis, v. g., de venditione hæreditatis futuræ, de qua art. 1600 (n° 108), vel rei quæ jam tempore contractûs periit, de qua art. 1601 (n° 107). Agemus tantùm nunc 1° de venditione rei alienæ ; 2° de venditione seu de alienatione fundi dotalis ; 3° de venditione rerum quibus emptor prævidetur abusurus.

373. I° *De venditione* REI ALIENÆ.—I. *Ex jure Romano.* Cùm, ut diximus (n° 367), ad essentiam venditionis non pertineret ut transferretur rei dominium, pro certo tenebatur vendi posse rem alienam : quia nempe semper stabat venditoris obligatio rem tradendi, et emptorem in casu evictionis indemnem præstandi. Quomodo staret illa obligatio tradendi rem quæ ad venditorem non pertinebat, variè explicabant auctores. Nobis dicendum videtur eatenus tantùm venditorem obligatum fuisse ad tradendam rem venditam quam sciebat esse alienam, quatenus tenebatur eam ipse emere, vel alio modo obtinere consensum domini ; quo deficiente, contrà tenebatur rem domino reddere, et emptorem servare indemnem quemadmodum in casu evictionis : id sequi videtur ex jure proprietatis, quo spoliari non potest dominus.

II. *Ex jure Gallico.* Sub jure *veteri*, admissa fuisse videntur apud nos principia juris Romani : saltem nullam videmus dispositionem peculiarem. Sub jure *novo*, ex art. 1599 irrita declaratur venditio rei alienæ. Testatur MALEVILLE, illum articulum multas expertum esse difficultates : ideo fuit admissus, quia visum est eum esse magis consentaneum naturæ venditionis, cujus scopus est translatio dominii. Quæstio est, quousque extendi debeat hæc mutatio, quæ, juxta quosdam, est maximi momenti, juxta alios ad nihilum ferè reducitur. Ut accuratum fera-

tur judicium, videndum est quisnam sit sensus, quænam consectaria principii juris novi.

374. — 1° Quando agitur de *bonis mobilibus*, non applicatur art. 1599, seu potiùs quæstio de proprietate solvitur, non ex titulo, sed ex possessione, juxta art. 2279, cujus vim et extensionem investigavimus in Tr. *de Justitia* (n°156 et seq.). Hic etiam applicatur art. 1141, de quo suprà (n° 366). Hinc consentiunt jurisperiti *in materia commercii*, cujus objectum sunt bona mobilia, non applicari art. 1599. Et revera qui commercium exercent quotidie vendunt res quas non habent, et quas sibi proponunt emendas; in hoc consistit commercium : sed ordinariè non venditur res determinata, imò nec ad personam determinatam pertinens; unde dici nequit vendi rem alienam in sensu articuli 1599, siquidem res quæ consistunt *in genere* ad neminem propriè pertinent.

2° *Si venditor et emptor sciant rem esse alienam*, et contractum de ea ineant tanquam de re aliena, non applicatur art. 1599 : non tam est tunc venditio, quàm promissio venditionis ab alio faciendæ, quæ valida est juxta art. 1120. Vid. suprà, n° 125.

375. — 3° *De natura et vi nullitatis* per art. 1599 inductæ non constat. Id elucidabitur ex sequentibus. — 1. Nullitas invocari non potest *a venditore*, saltem generatim loquendo, cùm non in illius gratiam constituta sit, sed potiùs contra illum. Si post peractam venditionem proprietatem rei acquirat, jam firmatur venditio, et tenetur eam tradere, si nondum tradiderit : idemque dicendum si dominus rei fiat hæres venditoris. Si tamen venditor fuerit bonæ fidei, nec possit, detecto errore, obtinere a domino rei ut ratihabeat venditionem, nil obstare videtur quin possit nullitatem venditionis postulare, solvendo damnorum compensationem nunc debitam, ne in posterum multò majorem solvere teneatur : ideo diximus *Saltem generatim*. — 2. Nullitas invocari potest a *domino rei :* seu potiùs iste non indiget recurrere ad nullitatem venditionis, sed potest rem suam vindicare ubicumque eam reperit; venditio quoad illum est *res inter*

alios acta, quæ huic nocere nequit. Excipiuntur tamen quidam casus. 1us est, si rei dominium per *præscriptionem* acquisitum fuerit ab emptore. 2us, si agatur de re quam venditor bonâ fide acceperat a domino *per solutionem ex indebito :* statuit art. 1380 ipsum non debere restituere domino nisi pretium rei; unde sequi videtur domino non tribui vindicationem suæ rei, quæ remanet apud emptorem. Ratio ita statuendi esse potuit, quia dominus qui rem in solutionem ex indebito dedit, id sibi imputare debet; unde iste casus valde differt a cæteris in quibus res tractatur seu accipitur invito vel inscio domino : non mirum ergo quòd in favorem bonæ fidei venditoris et emptoris jus domini, non quidem tollatur, sed permutetur, adeò ut non rem ab emptore, sed pretium a venditore repetere possit. Sed decisio non est extendenda ultra verba legis : unde dici nequit de donatario quod statuitur de emptore. 3us casus a quibusdam admissus est *rei venditæ ab hærede putativo.* Cùm verò non exstet de isto casu ulla juris nostri dispositio, non videmus sufficiens fundamentum domino denegandi jus suum vindicationis. — 3. Demum nullitas invocari potest potissimùm ab *emptore ;* de hoc nullum moveri potest dubium, cùm in illius gratiam nullitas inducta sit. Sed difficultas est, quousque præcisè extendatur hæc facultas emptoris : ad hoc enim reducitur mutatio per novum Codicem inducta. Jam verò agnoscunt auctores, olim non potuisse emptorem nullitatem postulare quamdiu a domino non inquietabatur : sed tenebatur pretium solvere, nec poterat solutum repetere, non obstante evictionis periculo. Hodie autem statuendum est sufficere et requiri periculum evictionis, nec exspectandum esse ut emptor in sua possessione turbetur. *Sufficit periculum evictionis.* Cùm enim venditio irrita sit, actio in nullitatem quæ exinde exsurgit distinguenda est ab actione in assecurationem (*en garantie*) in casu evictionis. Et certè emptoris conditio, quamdiu dominium non habet, ea non est quam ex emptione sperare debuit, nec ab eo exigi potest ut in ea maneat. Hinc art. 1563 ipsi tribuit jus denegandi pretium, *s'il a juste sujet*

de craindre d'être troublé; quid ita, nisi quia, cùm venditor suis obligationibus non satisfecerit, nec ipse emptor satisfacere tenetur? Tale autem periculum incumbit, quamdiu dominium rei penès alium ac venditorem remanet. *Requiritur periculum evictionis*, id est, emptor nullitatem postulare non potest, quando ampliùs timendam non habet evictionem : jam enim cessat ratio nullitatis, ex qua proinde nullum damnum patiens emptor non potest eam postulare. Et verò juxta principia juris nostri, actus irritus ab initio efficitur validus quando in gratiam illius qui nullitatem postulare potuisset eumdem effectum producit ac si fuisset ab initio validus : sic ex art. 1238, quamvis solutio fieri nequeat nisi a domino rei in solutionem datæ, valida tamen efficitur, si creditor rem bonâ fide consumpserit, quia nempe, ut diximus (n° 237), jam creditor obtinuit quidquid ex solutione sperare poterat. Porrò quando emptor timendam non habet evictionem, jam venditio erga illum omnes effectus suos producit. Ergo, etc. Ita jurisperiti. Igitur emptor nullitatem postulare nequit, si rem bonâ fide consumpserit, si per præscriptionem dominium acquisierit, sive per propriam possessionem, sive suam conjungendo cum possessione venditoris, vel si res casu fortuito perierit, prout jam exposuimus in Tr. *de Justitia* (n° 370) : item, si venditor dominium rei acquisierit, si dominus rei venditionem ratam habuerit.

Ex his omnibus colligi potest tantam reipsa non esse mutationem per art. 1599 inductam ac primo intuitu videretur : discrimen enim inter jus vetus et novum eò reducitur, quòd olim emptor non poterat nullitatem postulare et pretium repetere quamdiu non inquietabatur, dum hodie non tenetur exspectare evictionem, sufficit ut sit ei obnoxius. Ita expressè Delvincourt, Duranton, Troplong, Rogron; nec abnuunt alii jurisperiti.

376. — 4° Si emptor ignoraverit rem esse alienam, præter nullitatem venditionis et restitutionem pretii, potest postulare *compensationem damnorum;* art. 1599. Ratio facilè intelligitur, si venditor sciret rem esse alienam. Quid verò, si ignoraverit? Ait Maleville, compensationem nihilominus deberi, quia emptor pati non debet ex

imprudentia venditoris : id verum putamus regulariter. Si verò emptor cognoverit rem esse alienam, non potest hanc compensationem postulare : id satis indicat art. 1599; argumentum enim *a contrario*, quod sæpe fallit, hic evidenter applicari debet, inquit DURANTON : ei non debetur reparatio damni cui voluntariè se exposuit. Aliud tamen dicendum, si emptor in contractu stipulatus sit de compensatione exigenda; nil enim obstat quin valeat hæc conventio. Quoad ipsum verò pretium, venditor tenetur illud restituere emptori, etiamsi iste cognoverit periculum evictionis, nisi per conventionem expressam illud in se omnino susceperit : pretium datum fuit ad acquirendum dominium; cùmque acquisitum non fuerit, venditor nullum jus habet illud retinendi, neque emptor ullâ lege privatur, propter suam cognitionem, jure illud repetendi. Vid. quæ dicemus *de Evictione* (nº 408).

377. IIº *De venditione* BONI DOTALIS. — Ex art. 1554 Codicis civilis, bona immobilia in dotem constituta non possunt alienari durante matrimonio, nec a marito, nec ab uxore, nec ab utroque simul, exceptis casibus enumeratis art. 1555-59. Illa prohibitio restringenda est ad bonum strictè dotale, quale reperitur in solo regimine dotali : sed dubium est an extendenda sit ad ipsa bona mobilia.

Difficultas præcipua est de natura hujus nullitatis, et de iis a quibus invocari potest. Quidam eam habent ut ordinis publici, et proinde absolutam, juxta axioma juris Romani : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere.* Attamen ex art. 1560 deduci potest hanc nullitatem ab omnibus invocari non posse, sed ab iis tantùm qui ibi designantur; nempe ab uxore vel ejus hæredibus post dissolutionem matrimonii, quin iis opponi possit præscriptio durante matrimonio; ab ipso marito durante matrimonio, qui tamen tenebitur compensare damna erga emptorem, si in contractu non declaraverit bonum esse dotale : sed facultas hæc non tribuitur emptori; si ignoraverit bonum esse dotale, sibi imputare debet quòd non exquisierit sub quo regimine et quomodo initum esset matrimonium. Cæterùm si venditio facta fuerit a solo marito, irrita est, non solùm ob inalienabilitatem boni, sed tanquam venditio rei alienæ; si facta fuerit a sola uxore, duplici titulo pariter irrita est, nempe ob incapacitatem uxoris et ob inalienabilitatem boni : variorum illorum nullitatis principiorum ratio habenda est, ut determinetur a quibus et quatenus invocari possit.

378. IIIº *De venditione* RERUM QUIBUS PRÆVIDETUR EMPTOR ABUSURUS. — Quæstio est, utrùm et quatenus licita esse possit harum rerum venditio? Porrò principia et

quibus pendet solutio hujus quæstionis pertinent ad quæstionem generalem, *Utrùm licitum esse possit alteri præbere occasionem seu materiam peccati*, de qua agere solent theologi ubi *de Voluntario indirecto*, vel ubi *de Scandalo*. Eorum autem principiorum applicatio non parum pendet etiam a natura rerum quæ vendendæ sunt, seu a specie et gradu pravitatis seu deordinationis quæ reperitur in usu ad quem prævidentur adhibendæ per emptorem. Nobis hic sufficiat regulas quasdam generales tradere quæ in casibus peculiaribus ad solvendas difficultates inserviant. Sit itaque

ASSERTIO : *Non licet sinè ratione sufficienti vendere res quibus prævidetur emptor abusurus : licet autem, saltem generatim, quando adest ratio sufficiens.*

Prob. 1ª *pars.* Secundùm omnes, teste DE LUGO, inquit P. ANTOINE, quisque tenetur ex charitate impedire peccatum proximi, si potest saltem sinè gravi incommodo ; ergo a fortiori tenetur non suppeditare materiam quâ usurus est ad peccandum. Deinde quisque tenetur peccantem corripere, scandalum amovere ; ergo et a fortiori materiam peccandi non præbere.

Dixi *Quibus prævidetur emptor abusurus*, quia si venditor generatim tantùm et indeterminatè prævideat aliquos abusuros, non peccat vendendo : quia, inquit VOGLER, tolleretur aliàs totum commercium humanum et nihil posset vendi, cùm nihil ferè sit quod ab aliquibus non vertatur in abusum.

Prob. 2ª *pars.* Quamvis nullâ ratione liceat alterius peccato consentire, licet tamen ad vitandum grave incommodum illi præbere materiam vel occasionem peccandi. Qui enim actum in se bonum aut saltem indifferentem ponit ex gravi ratione, nullatenus intendit peccatum illius qui exinde sumet occasionem peccandi, sed vult tantùm vitare damnum, aut obtinere bonum : permissivè se habet quoad peccatum quod cum gravi suo damno impedire non tenetur. Id constat ex communi doctrina theologorum post S. Thomam, et multis exemplis quæ omnes admittunt, ut alibi fusiùs exponitur.

Dicitur 1° *Saltem generaliter*, quia sunt quædam objecta quorum abusus est adeò certus et proximus, ut dubitari possit et reipsa dubitent theologi, an ea vendere non sit ita malum ut nullâ ratione excusari possit. Dicitur 2° *Quando adest ratio sufficiens*, id est, proportionata tum proximitati materiæ vel occasionis, tum gravitati peccati ad quod concurritur. Eâ de re traduntur regulæ ubi *de Voluntario indirecto*. Hic observare sufficiat non posse haberi tanquam rationem per se sufficientem spem lucri ex venditione percipiendi; quia non est quærendum lucrum cum peccato alterius: sed si quis timendum habeat ne, si venditionem recuset, tam multi officinam ipsius deserant, ut jam exercere nequeat commercium in se licitum et sibi forsan necessarium, vel ut saltem gravem jacturam patiatur, poterit exinde excusari.

379. His principiis positis, theologi cum SUAREZ vulgò res vendibiles in tres classes distribuunt. Quædam sunt ex natura sua aut forma ita ad pravum usum determinatæ, ut nunquam aut ferè nunquam ad bonum usum adhibeantur: v. g., libri contra mores, picturæ obscenæ, larvæ, vestes muliebres ubera nudantes. Aliæ contrà tam frequentis et utilis aut necessarii usûs sunt, ut plerumque iis homines bene utantur, quamvis aliquando etiam iis malè utantur; talia sunt multa ad vitæ necessitates inservientia, v. g., caro, vinum, etc. Aliæ demum sunt quasi ad utrumlibet indifferentes, ex quibus tamen quædam magis in bonum usum quàm in malum veniunt, vel vice versâ. Triplex ergo pro triplici illa rerum vendibilium specie statuitur regula.

Regula I. Res quæ *vulgò adhibentur in pravum usum* non possunt vendi ex professo; imò neque in particulari, nisi moraliter constet de bono usu, vel adsit ratio extraordinaria quæ excuset. — *Prob.* Qui res hujusmodi vendit omnibus passim emptoribus, præbet evidenter occasionem et materiam peccati; ergo ex dictis peccat. Nec excusatur ratione professionis: quin potiùs talis professio, si absque venditione hujusmodi rerum exerceri nequeat, deserenda est. Cessat verò illa ratio, ut patet, quando constat de bono usu; sed requiruntur probationes positivæ, quia alioquin

judicium ferendum erit ex communiter contingentibus.

Nota. Quarumdam rerum venditio ipso Codice pœnali prohibetur et variis pœnis plectitur : v. g., librorum, imaginum, etc., bonis moribus noxiorum, art. 287 ; quorumdam certi generis armorum, art. 314 ; liquorum qui fuerint adulterati (*boissons falsifiées*), art. 318. Per legem autem 11 april. 1803 statuitur substantias venenosas nonnisi quibusdam, et a quibusdam vendi posse, adhibitis variis cautionibus.

Regula II. Res quæ *communiter adhibentur in bonum usum*, possunt ex professo omnibus vendi, quoties non constat emptorem iis abusurum esse. — *Prob.* Venditor potest certè judicare ex communiter contingentibus ; nec tenetur inquirere de intentione ementium : alioquin rueret omne commercium humanum. Sed si pravum usum prævideat, applicanda sunt quæ suprà diximus.

Regula III. Res *ex natura sua indifferentes* ad bonum vel malum usum, possunt etiam ex professo omnibus vendi, nisi positivè prævideatur emptorem iis abusurum esse.

Prob. Venditor ex communi theologorum doctrina, potest, imò et debet, præsumere bonum usum, juxta axioma receptum : *Nemo præsumitur malus, nisi probetur.* Cùm tamen frequentior sit abusus quàm in casu regulæ præcedentis, non exigenda est notitia abusûs ita certa, ut prohibita censeri debeat venditio nisi excusetur per causam legitimam sensu exposito : hæc autem causa eò gravior requiretur, quò certior erit notitia, et quò faciliùs frequentiùsque res in pravum usum converti solita erit.

Art. 3. *De pretio.*

380. Investigabimus primùm quale debeat esse pretium in venditione ; deinde agemus de obligatione standi justo pretio, sive in vendendo, sive in emendo.

§ 1. *Quale debeat esse pretium in venditione.*

381. Tres vulgò conditiones requirunt jurisperiti : 1° ut sit in pecunia ; 2° ut sit serium ; 3° ut sit determinatum.

I. Pretium debet esse *in pecunia.* Si enim detur merx

pro merce, erit permutatio, non venditio; nec enim determinari posset quis venditor, quis emptor. Et revera ideo præcisè instituta est pecunia ut difficultatibus permutationum subveniret; ideoque quod datur ex utraque parte non jam *merx* dicitur, sed alterum *pretium* vocatur.

Agnoscunt tamen jurisperiti venditionem censeri posse, quando loco pretii dantur res talis naturæ ut faciiè pro aliis commutari possint. Speciatim si ex circumstantiis appareat contrahentes verè intendisse venditionem, et non recurrisse ad formam permutationis nisi ad eludendas quasdam legum dispositiones, v. g. ad præcavendam rescissionem læsionis causâ, quæ admittitur in venditione (n° 384), non verò in permutatione (n° 429), venditio agnoscenda erit. Sed si pretium ab initio in nummis constitutum fuerit, et postea venditor consentiat ut alia res in solutum detur, non ideo mutabitur contractus : *Non pretii numeratio*, *sed conventio*, *emptionem facit*.

II. Pretium debet esse *serium :* id est, 1. *non simulatum :* scilicet si constituatur pretium, sed absque intentione illud exigendi ex una parte, et solvendi ex altera, facilè intelligitur non adesse venditionem, sed donationem; vid. quæ diximus (n° 79); si verò sincero animo de pretio conventum fuerit, et postea tamen non exigatur, nihilominus adest venditio, et fit tantùm condonatio debiti. 2. *Non derisorium :* v. g., si vendatur domus, aut prædium magni momenti pro uno nummo, satis evidens est venditionem non esse nisi nugatoriam. De hoc nulla potest esse difficultas. Attamen necessarium non est, inquit POTHIER, ut pretium sit omnino æquivalens rei : censebitur serium, juxta TROPLONG, quotiescumque, licèt modicum respectu rei venditæ, est in se satis gravis momenti ut appareat venditorem verè illud exigere et in lucrum suum velle convertere. Tunc dici potest cum POTHIER, esse contractum mixtum, qui aliquid participat de donatione, et dicitur venditio secundùm præcipuam contrahentium intentionem.

III. Pretium debet esse *determinatum* et designatum a contrahentibus; art. 1591. Si unius e contrahentibus arbitrio relinqueretur determinandum pretium, a se, vel sibi

solvendum, non adesset venditio. Sed licèt pretium non statim cognoscatur a contrahentibus, si ipsi posuerint determinationis fundamentum quod ab alterutro ipsorum non pendeat, valebit venditio : v. g., vendo tibi frumentum pretio quo venditum est in ultima nundina, vel vendetur in proxima; vel quo vendent vicini mei; emo a te agrum, quanti tu eum emisti, etc.

Addit art. 1592 posse pretii determinationem committi arbitrio tertii; qui si nolit aut non possit determinare, irrita est venditio. Ratio prioris partis est, quòd determinatio in eo casu non pendeat a voluntate alterutrius e contrahentibus : ratio autem posterioris est, quòd quando contrahentes hunc tertium elegerunt, præsumuntur rationem habuisse fiduciæ quam in eum habebant, ac proinde eo deficiente alius ei subrogari nequit, sicque pretium manet indeterminatum, et non adest venditio : si contrahentes alium eligant, est novus consensus, et consequenter nova venditio, inquit Delvincourt. Ait tamen Pardessus, in materia commercii facilè præsumi quòd noluerint contrahentes ut determinatio pretii reservaretur exclusivè arbitro quem elegerant.

§ 2. *De obligatione standi justo pretio in venditione-emptione.*

382. Ut ea quæstio accuratè solvatur, advertendum est duplex communiter distingui pretium : pretium legale, et pretium vulgare. Pretium *legale* illud est quod publicâ lege, seu auctoritate principis aut decreto magistratûs est determinatum seu taxatum. Pretium hujusmodi est indivisibile, nec mutari potest nisi per auctoritatem quæ illud constituit. Pretium *vulgare* illud est quod communi hominum æstimatione seu usu constituitur. Augetur vel minuitur, pro variis circumstantiis locorum, temporum, et personarum. Tale pretium non est ordinariè indivisibile, sed habet quamdam latitudinem : unde triplex distinguitur intra justitiæ fines, nempe supremum, medium, et infimum. *Supremum* dici potest illud esse ultra quod viri probi non vendunt suas merces; *infimum*, infra quod

emptores probi non emunt; *medium*, quod inter utrumque consistit. In rebus necessariis et frequentioris venditionis, pretium infimum parum distat a supremo; v. g. latitudo esse potest a 9 ad 11, a 95 ad 105, etc. : in superfluis major est latitudo; in rebus raris et pretiosis adhuc major, adeò ut quædam dicantur pretium non habere, v. g. gemmæ, quædam picturæ, etc.

383. His positis, videbimus 1° utrùm et quatenus peccent qui non stant justo pretio; 2° utrùm et quatenus ex hac causa rescindi possit contractus; 3° utrùm semper liceat vendere aut emere pretio communi; 4° et 5° utrùm aliquando liceat vendere suprà, aut emere infrà; 6° agemus de monopoliis.

I° *An et quatenus* PECCENT QUI NON STANT JUSTO PRETIO?

Triplex occurrit hypothesis. — I. *Si adsit pretium legale*, pluris vendere non licet. Leges enim et decreta auctoritatis competentis obligant in conscientia, et verum jus conferunt emptoribus ne res sibi pluris vendantur : si ergo pretium illud excedatur, exsurgit obligatio restituendi.

Observandum tamen, 1° si taxatio facta fuerit in gratiam unius e contrahentibus, potest ei renuntiare : sed tunc etiam stare debet alter intra limites pretii vulgaris; alioquin, nisi supponeretur condonatio omnino voluntaria, committeretur vera injustitia. — 2° Taxatio fit pro mercibus communis bonitatis aut qualitatis : si ergo res sit notabiliter pejor aut melior iis quæ vendi solent, venditor tenetur in uno casu minuere, et in altero potest augere pretium; ita communiter auctores. Sed requiritur notabilis differentia; alioquin lex scopum suum non attingeret.

II. *Si non adsit pretium legale*, standum est pretio vulgari, id est, non licet vendere supra supremum pretium, vel emere infra infimum. In contractibus enim commutativis servanda est æqualitas : atqui hic non servatur; ergo exsurgit pariter obligatio restituendi. Ita omnes theologi post S. THOMAM.

III. Si agatur *de rebus quæ dicuntur non habere pretium determinatum*, quales dicuntur gemmæ, veteres picturæ, aut statuæ, libri rari, quædam animalia e regionibus ex-

traneis adducta, etc., docet DOM. SOTO, posse venditorem tanti illas vendere quanti emptor sciens et volens consenserit emere. Sed alii, præsertim recentiores, docent res illas non posse vendi nisi secundùm æstimationem virorum in his intelligentium, quia semper servanda est æqualitas.

Observandum tamen, 1° longè majorem in his rebus admitti pretii latitudinem : ita communiter auctores. Sed agnoscendum semper aliquem esse terminum. 2° Aliquando in una regione multi æstimantur res quæ in alia pro vilissimis habentur : nil obstat quin in unaquaque regione vendantur secundùm æstimationem ibi receptam. 3° Si venditor et emptor, rei pretium ignorantes, bonâ fide et liberè inter se conveniant, nihil erit restituendum, etiamsi postea detegant alterutrum fuisse læsum etiam notabiliter : fuit contractus aleatorius.

384. II° *Utrùm et quatenus* RESCINDI POSSIT CONTRACTUS VENDITIONIS *in quo servatum non est justum pretium?*

Jam diximus in prima parte (n° 49), aliquando locum esse rescissioni venditionis propter læsionem. Breviter nunc exponendum est quandonam concedatur hæc actio; quomodo exercenda sit; et quinam sint ejus effectus.

I. *Quandonam locum habere possit rescissio læsionis causâ?* — 1° Locum non habet nisi *in gratiam venditoris*, non verò in gratiam emptoris; art. 1683. Ita statutum fuit, sive quia venditor sæpe necessitate compellitur ad vendendum, non verò emptor ad emendum; sive quia bonum publicum magis exigit stabilitatem contractûs erga illum qui tradidit bonum immobile, quàm erga illum qui nonnisi pecuniam.

2° Locum non habet nisi *quoad immobilia :* quia mobilium valor est magis incertus, et commercium debet esse magis expeditum; et frequentior est læsio quoad immobilia quæ sæpe nonnisi vicinis vendi possunt, quàm circa mobilia quæ in locum venditioni aptiorem transferri possunt.

3° Locum non habet in venditionibus quæ juxta legem fieri nequeunt nisi *auctoritate publicâ ;* art. 1684 : minùs timenda est læsio, et dari debet ementibus plena securitas ad alliciendos licitatores.

4° Locum non habet etiam in venditionibus *aleatoriis :* periculum quod incurrit quilibet contrahens compensatur per spem lucrandi.

5° Locum non habet nisi quando læsio excedit septem e duodecim partibus justi pretii, *de plus des sept douzièmes ;* habitâ ratione valoris quem res habebat tempore venditionis : art. 1674, 1675. Per justum autem pretium videtur intelligendum esse infimum , quia emptor poterat non emere nisi infimo, ac proinde nonnisi hinc proficiscitur venditoris læsio, si ita loqui fas est ; ita MOLINA.

6° Etiamsi venditor in contractu renuntiaret juri postulandi rescissionem , nihilominus, ex art. 1674, postulari posset : meritò præsumitur renuntiationem inductam fuisse per eamdem causam quæ induxit ad vendendum vili pretio. Sed si renuntiet postea, non adest eadem præsumptio, ac proinde libera censeri debet renuntiatio, nisi aliud indicent circumstantiæ.

385. II. *Quid agendum ut obtineatur rescissio venditionis ?*

1° Ex art. 1676, postulatio rescissionis facienda est intra duos annos a tempore contractûs ; quo termino elapso, actio præscripta est, et quidem etiam contra uxores, absentes, interdictos, et minores. Lex voluit ne diu incerta manerent dominia.

2° Actio dirigi potest, non solùm contra emptorem, sed etiam contra tertium boni detentorem : id apertè supponit art. 1681.

3° Venditor non potest ad probationem læsionis admitti nisi per judicium. et modò alleget facta satis verisimilia et gravia ut præsumi debeat læsio ; art. 1677.

4° Si judici certa videatur læsio , potest statim pronuntiare rescissionem ; ita saltem docent plures : sed si non statim pronuntiet, probari non potest læsio nisi recurrendo ad judicium trium arbitrorum , art. 1678-80 : lato per illos judicio stare non tenetur judex, juxta art. 322 et 323 Cod. judic., cujus dispositiones hic applicantur.

386. III. *Quisnam sit effectus actionis venditori concessæ ?*

Si actio illa admittatur , seu, ut accuratiùs loquamur , si bene fundata judicetur, illius effectus est rescissio contractûs, cùm illud sit postulationis objectum ex art. 1674. Attamen, ex art. 1681, emptori conceditur facultas vel reddendi rem repetendo pretium solutum, vel rem retinendi solvendo supplementum pretii. Sed sedulò advertendum est objectum directum actionis esse tantùm rescissionem contractûs non verò solutionem supplementi pretii : unde quoad istud obligatio emptoris non est alternativa, sed facultativa in sensu antea exposito (n° 224) : id constat apud jurisperitos. Unde sequuntur consectaria gravis momenti, ut intelligitur ex dictis *ibid.*

Hoc posito, 1° si emptor eligat rem servare, et solvere supplementum pretii, potest retinere hujus decimam partem ; art. 1681 : sive, ut ait Delvincourt, ad solvendas impensas contractûs ; sive quia cùm mathematicè constare nequeat de vero pretio, nimìs rigorosè tractandus non est emptor, ut dicit Maleville. Debet solvere interesse illius supplementi a die quo postulata est rescissio. 2° Si contrà emptor eligat rem restituere, debet reddere fructus a die quo postulata fuit rescissio : ab eodem die illi debetur interesse pretii quod solvit, et a die solutionis, si nullos fructus perceperit ; art. 1674. Quoad rem ipsam autem, eam reddit in statu in quo nunc est , nisi quoad imminutiones quæ proveniunt ex ipsius facto , et de quibus statuitur ratione habitâ bonæ vel malæ fidei ; potest autem repetere impensas necessarias, et utiles in quantum auctus est ex iis valor rei. 3° Si res non sit ampliùs penès emptorem , sed ad alterum transierit, isti applicanda erunt quæ diximus de emptore, et venditor nihil de juribus suis amittet.

387. Tales sunt juris civilis dispositiones in casu læsionis. Earum vis in foro conscientiæ potest ex istis principiis determinari. 1° Quando lex concedit beneficium rescissionis, eo uti licet in conscientia : non solùm enim nihil injustum includit, sed æquitati omnino consonum videtur. 2° Quando tale beneficium per legem non conceditur, contractus non est rescindibilis, nisi ex errore vel dolo talis reddatur juxta principia generalia in prima parte exposita. Sed semper in conscientia obligatio incumbit sive emptori, sive etiam venditori, restituendi ad æqualitatem : quamvis enim lex non debuerit actionem tribuere nisi in certis quibusdam casibus, ne scilicet ultra modum excresceret litium numerus, noluit nec potuit tollere obligationem resarciendi damna illata. Meritò autem observat Logerot, in restitutione facienda, si de venditore agatur, excessum computandum esse a summo pretio, quia venditor potuit vendere supremo pretio; si verò agatur de emptore, defectum pretii computandum esse a pretio infimo, ob similem rationem, prout jam diximus (n° 384) etiam quoad forum externum.

388. III° *Utrùm* semper liceat vendere aut emere pretio communi? — Duo sunt speciatim casus de quibus moveri potest quæstio.

I. *Utrùm ille qui novit scientiâ privatâ mercium pretium brevì vel augendum vel minuendum,* possit ven-

dere aut emere pretio nunc currenti? — Aliquâ distinctione opus esse videtur. Vel pretium imminuendum est ob circumstantiam merci intrinsecam, vel ob extrinsecam.

1° *Si ob causam intrinsecam*, v. g., si quis sciat suum equum moriturum ex morbo adhuc occulto, vel vinum corrumpendum, etc., satis communiter admittitur non licere vendere pretio currenti : illud vitium verè minuit pretium rei, maximè cùm possit cognosci ab expertis, si rem expenderent. Insuper, ut infrà dicemus (n[is] 411, 413), venditor debet habere rationem vitiorum etiam occultorum.

2° *Si ob causam extrinsecam*, v. g., quia superventura prævidetur magna mercium copia, aut alius quidam eventus ex quo minuatur pretium, quidam dicunt non licere vendere pretio currenti : ita olim Cicero, cui adhæret Pothier. Sed contrarium sentit S. Thomas, quem vulgò sequuntur theologi et jurisperiti. Est justum pretium : æstimatio fieri debet ex iis quæ cognoscuntur et vulgò cognosci possunt. Ex alia opinione sequeretur eum qui ignoranter vendidisset pretio currenti debere restituere, cùm esset materialiter injustum : quod nemo admittit. Sequeretur etiam eum qui prævidet pretium brevi augendum, posse vendere nunc majori pretio. Sequeretur tandem eum qui vult vendere magnam frumenti copiam, adeò ut inde minuendum sit pretium, non posse nunc vendere pretio currenti aliquod modium.

Attamen duo notabimus. 1° In facto illius qui sic vendit pretio currenti potest adesse peccatum contra charitatem, si nempe exinde emptor grave damnum incurrat. Imò peccaret contra justitiam, si uteretur fraude ad inducendum in errorem, v. g., seducendo testes, vel falsos nuntios spargendo, etc. 2° Non constat utrùm minister vel consiliarius principis, vel magistratus, qui sciunt mox per legem imminuendum fore pretium, possint eâ scientiâ uti ut ante legis promulgationem interim eodem pretio currenti vendant. Negant non pauci cum Molina, quia non possunt scientiâ quam vi officii sui acquirunt uti in suum commodum, cum aliorum damno : et dubium est an probi nomen apud ipsos sapientes mundanos haberet magistratus qui

ita ageret. Quamvis aliud quidam sentiant, pro certo habent eos de quibus agitur peccare contra justitiam, si eâ intentione differant promulgationem legis, ut sic vendant; hoc esset abuti suâ potestate in detrimentum subditorum. Item si notitiam suam amicis suis revelent; quia tenentur ad secretum, nec possunt quibusdam favere in detrimentum aliorum. Quod autem dicunt auctores de casu apud nos vix practico, applicari potest notitiæ certorum eventuum, quos primi norunt depositarii auctoritatis publicæ, et ex quibus certum est aut valde probabile imminuendum vel augendum fore pretium censuum publicorum (*des fonds publics*).

389. II. Utrùm *qui invenit inter res communes rem quam ipse privatâ scientiâ cognoscit esse valde pretiosam*, possit emere pretio communi, v. g., librum, gemmam, tabulam pictam, herbam in fasciculo ?

Hujus quæstionis solutio pendet a multis principiis, et a variis hypothesibus quæ fingi possunt. — 1° Si agatur de merce cujus pretium et utilitas ferè a nemine cognoscitur, v. g., quia est liber scriptus linguâ vix ulli notâ, vel herba cujus virtus vix ab ullo cognoscitur, videtur posse emi absque scrupulo, quia tunc nullum verè pretium determinatum habet. — 2° Si sit in loco, ubi pretium non cognoscitur, v. g., agitur de libro in vico ubi nulli sunt rei litterariæ periti, poterit etiam emi : talis est æstimatio communis; idem dicendum quod suprà diximus (n° 383) de Europæis apud Indos, etc. — 3° Si sit in urbe in qua non desunt periti viri qui pretium agnoscant, existimat Collet, non posse emi vili pretio, quia pretia rerum determinanda sunt ex æstimatione eorum qui in arte periti sunt. Alii dicunt posse emi. Ita Billuart, Daelman, Dens, Vernier : quia eo ipso quòd res hujusmodi omnibus indistinctè apponitur et ad usus viles destinatur, censetur amisisse pretium intrinsecum; res æstimatur ex communi judicio eorum qui vulgò emunt. Ita apprehendunt etiam viri timorati, idque bonæ fortunæ emptoris adscribitur : unde, inquit Daelman, hæc jam in praxi secura videntur. Si tamen venditor valoris non omnino

ignarus servaret librum solis peritis vendendum, tunc augeretur pretium : illi periti velut ordinem specialem constituunt, apud quos multi æstimantur quæ alii vilia reputant.

390. IV° *Utrùm* ALIQUANDO LICEAT VENDERE SUPRA *pretium commune?* — Ut ea quæstio accuratè solvatur, quædam prænotabimus.

1° Supponit ipsa quæstio licitum esse vendere pretio supremo; idque sequitur ex dictis (n° 382) : sed intelligendum est, seclusâ fraude, quæ duplici præsertim modo committi potest. 1. Si conventione factâ de pretio medio aut infimo, venditor occultè sumat supremum pretium, decipiendo alium vel in numeratione pecuniæ, vel in quantitate aut qualitate mercis : lædit jus ortum ex conventione inita. 2. Si ante conventionem venditor utatur fraude et dolo ut pertrahat emptorem ad pretium supremum : emptor jùs habet ne viis injustis impediatur a facultate quam habet emendi pretio inferiori. Si adhibeat mendacia, perjuria, etc., quidam excusant ab injustitia, quia emptores norunt hæc stratagemata, nec iis fidem adhibent : sed id universim asseri nequit; si enim verè decipiat, et in causa sit cur emptor emat majori pretio, jus illius lædit. Faciliùs excusantur qui primùm assignant pretium supremo majus, non quidem ut illud obtineant (si enim obtinerent, tenerentur excessum refundere), sed ut emptori locum dent offerendi suum pretium, et contendendo eum ad æquum pretium deducant, seu, ut aiunt, *pour marchander*, prout sæpe fieri satis notum est.

2° Supponit pariter quæstio proposita pretium commune esse determinatum modo consueto; et sensus est, utrùm liceat vendere supra pretium commune, etiam quando tale remanet. Quando igitur quidam dicunt licere cariùs vendere ob rerum penuriam, ob emptorum numerum, ob minorem pecuniæ raritatem, etc., extra quæstionem versantur, vel instituunt quæstionem de nomine, ut observat *Collat. Ambian.*: in variis enim his casibus, pretium commune augetur, et venditor illo augmento fruitur, sed non vendit supra pretium commune.

391. His præmissis, agnoscunt communiter auctores aliquando licitum esse vendere supra pretium supremum : sed de variis causis ex quibus id licet non consentiunt. De præcipuis breviter dicemus.

I. *De damno emergente et lucro cessante.* Communiter agnoscunt theologi, post S. Thomam, hos esse titulos vendendi supra commune pretium. Damnum enim quod patitur venditor, vel lucrum quod amittit ex carentia rei suæ, sunt aliquid pretio æstimabile; non tenetur venditor damno illi se exponere, aut lucro illo carere in gratiam emptoris. Illudque verum est, etiamsi pretium fuerit a lege taxatum, quia ea taxatio respicit rem in se spectatam, non verò ratione habitâ damni extrinseci.

Sed requiruntur quædam conditiones. 1° Ut venditio sit vera causa damni emergentis, aut lucri cessantis : alioquin jus non dat exigendæ compensationis. 2° Ut moneatur emptor aliquid exigi ultra pretium rei : forsitan aliunde sibi providebit; et insuper alioquin ipse deceptus circa valorem rei absolutum poterit alios decipere. Hæc fusiùs evolventur ubi agemus *de Titulis aliquid exigendi supra sortem* in mutuo.

Hinc sequi videretur mercatorem qui in re habenda expensas extraordinarias fecerit, vel labore extraordinario opus habuerit, posse pluris vendere, ne alioquin damnum patiatur. Verùm id negant communiter auctores : ex una parte, damnum jam passus est ; ac proinde non agitur in venditione de vitando, sed de reparando damno : ex altera, non ex circumstantiis illis extraordinariis, sed ex communiter contingentibus æstimatur pretium, in quo etiam attenditur quòd hæc quandoque contingant; neque emptor pati debet ob imprudentiam vel malam fortunam venditoris. Sed pariter potest rem communi pretio vendere, licèt minores expensas fecerit in ea acquirenda.

392. II. *De speciali affectu venditoris erga rem suam.* An sit sufficiens ratio vendendi supra pretium supremum, non omnino inter theologos constat. Quidam simpliciter negant, ait Billuart, quia res non æstimandæ sunt ex privato affectu, cujus vis communi judicio definiri non po-

test. Aliunde parum virium habet affectus quem vincit aliquantò majoris pecuniæ cupiditas. Attamen communiter affirmant auctores, teste DE LUGO : ita etiam theologi recentiores. Et revera molestia subeunda ex carentia rei specialiter amatæ, et oblectationis exinde provenientis privatio in gratiam alterius sunt aliquid pretio æstimabile; ac proinde venditor patitur damnum cujus compensationem exigere potest.

Sed ut valeat ille titulus, 1° affectus debet esse rationabilis ; alioquin unusquisque affectum peculiarem prætendet, et janua aperietur fraudibus. Hinc mercator non potest hunc titulum allegare, quia ratione muneris sui paratus esse debet ad res suas justo pretio alienandas. 2° Non potest exigi pretium quantumcumque, sed moderatum, juxta sensum virorum prudentum. 3° Concurrere debent conditiones mox assignatæ circa damnum emergens.

393. III. *De speciali emptoris affectu,* vel *utilitate aut necessitate.* Satis constat non esse titulum vendendi supra commune pretium. Ut enim ait S. THOMAS, utilitas quæ alteri accrescit non est ex vendente, sed ex conditione ementis : nullus autem debet vendere alteri quod non est suum, licèt possit ei vendere damnum quod patitur. Aliunde pretium rerum æstimatur ex communi, non verò ex privata alicujus utilitate vel necessitate : alioquin quo pretio vendi non posset panis alicui fame morienti? Hæc S. Thomæ doctrina, inquit BILLUART, quam post ipsum unanimi consensu docent omnes theologi, verissima est atque certissima, et tamen rarissima ejus praxis apud sæculares, quorum innumeri eò pluris se licitè posse vendere putant agrum, hortum, etc., quò magis indiget vicinus aut alter emptor. Addit quidem S. Thomas : « Ille tamen qui » ex re alterius accepta multùm juvatur, potest propriâ » sponte aliquid vendenti supererogare, quod pertinet ad » ejus honestatem. » Sed facilè præsumi non debet hujusmodi liberalitas, nisi circumstantiæ indicent.

394. IV. *De modo quo fit venditio.* 1° Si merces vendantur minutatim (*en détail*), et in modica quantitate,

pluris vendi possunt : plus enim laboris et curarum subit qui sic vendit, quàm qui simul et in magna quantitate. Cæterùm cùm ordinariè diversum sit pretium pro utroque illo vendendi modo, dici potest id esse extra quæstionem. — 2° Huc reduci posset venditio per auctionem publicam (*aux enchères*), de qua speciatim infrà (n° 425) : item venditio quæ fit credito (*à crédit*), de qua opportuniùs ubi *de Usurâ*.

395. V° *Utrùm* ALIQUANDO LICEAT EMERE INFRA *commune pretium ?* — Hic applicari possunt, proportione servatâ, plura ex iis quæ diximus in quæstione præcedenti : quæ proinde iterum afferre supervacaneum esset. Loquamur ergo tantùm de præcipuis aliis causis.

I. *Si merces ultrò offerantur,* communiter dicitur emi posse infra commune pretium, juxta axioma satis receptum : *Merces ultroneæ vilescunt :* talis reipsa esse videtur communis hominum æstimatio. Illud tamen explicatione indiget. Si res sit parum utilis emptori, eamque emat in gratiam venditoris qui non vult alios emptores quærere, potest minoris emere : quia tunc ipsi minùs valet, indeque pateretur damnum si tanti emeret quanti valet secundùm se. Sed extra hunc casum, axioma allatum cum aliqua moderatione sumendum est; alioquin est valde periculosum in praxi. Nam si venditor offerat ex sola necessitate, non licet minoris emere. Ex satis communi sententia, esset contra charitatem : imò videtur esse contra justitiam; quia sicut necessitas emptoris non auget pretium, ita nec necessitas venditoris minuit, sed tantùm æstimatio communis. Unde hanc propositionem damnavit Facultas Theologica Parisiensis, an 1665 : « Potest aliquis emere rem viliùs ab » eo qui vendit necessitate compulsus, quia ex modo ven- » dendi minuitur. » Si tamen ex ultronea oblatione concludi possit paucos exstare emptores, licebit minoris emere, quia signum est minoris æstimari, ideoque minuitur verum pretium.

II. Si res ematur, non apud mercatorem, saltem qui vendat res hujusmodi novas, sed, ut dicitur, *de rencontre*,

minoris emi potest : res eo modo empta ex communi æstimatione minoris valet, sive quia id est minùs honorificum, sive aliâ de causâ.

396. VI° *De* MONOPOLIIS. — Monopolium juxta vim nominis significat venditionem unius, seu ab uno factam. Duplex generatim potest distingui : aliud auctoritate publicâ, aliud auctoritate privatâ. Prius locum habet, quando princeps uni vel quibusdam concedit privilegium certas merces vendendi, cum exclusione aliorum : posterius verò, quando unus vel plures per modum unius per machinationem et industriam efficiunt ut vel ipsi soli vendant certum genus mercium, vel nonnisi certo pretio vendant.

I. De monopolio *auctoritate publicâ*. Certum est et usu omnium receptissimum, inquit DE LUGO, posse aliquando principem uni vel quibusdam concedere privilegium exclusivum merces quasdam vendendi : agnoscunt theologi ex tali privilegio, modò causis justis fundetur, oriri verum jus in gratiam illorum quibus conceditur, nec posse alios justè conqueri. Causæ autem possunt esse, vel quia alioquin non inveniretur qui vellet aliquod genus mercium procurare, propter impensas, difficultates, et pericula subeunda; vel quia per venditionem talis privilegii princeps obtinet pecunias quibus ad bonum publicum indiget.

II. De monopolio *auctoritate privatâ*. 1° Si unus vel pauci coemant omnes aut fermè omnes merces cujusdam generis, ut pro libitu vendant, certum est eos graviter peccare : ait *Catechism. Concil. Trident.* eos a SS. Patribus inter raptores numerari. Revera si monopolæ merces sic comparatas vendant ultra summum pretium, id est, ultra pretium quod existeret secluso monopolio, eos peccare etiam contra justitiam, est sententia communis, teste S. LIGUORI : injusta est ea taxatio pretii, quæ fieri non debet ex arbitrio venditoris aut venditorum, sed ex variis circumstantiis, et præsertim ex copia mercium; cùm autem eadem sit copia ac si monopolium factum non fuisset, non debet igitur augeri pretium. Si autem vendant tantùm summo pretio, eos peccare pariter contra justitiam affirmat sententia communis, inquit DE LUGO : ipse tamen

cum pluribus aliis negat, quia unusquisque jus habet merces suas vendendi summo pretio. Nobis videtur hìc applicandum quod modò dicturi sumus de tertio casu.

2° *Si unus aut plures impediant ne aliunde merces advehantur*, videndum quibus viis id efficiant. Si utantur fraude, mendaciis, aut aliis viis injustis, peccant contra justitiam, et tenentur ad restitutionem : tum erga alios mercatores, qui jus habent ne viis injustis impediantur a simili mercatura et lucro ; tum erga concives suos, qui jus habent ne talibus viis cogantur pluris emere quæ alioquin minoris emissent. Si verò neque vim neque fraudem adhibeant, possunt aliquando peccare etiam graviter contra charitatem et utilitatem communem, sed non peccant contra justitiam, cùm libertatem non tollant. Imò possunt non peccare contra charitatem, si non agant nisi ex justa causa, v. g., intuitu honesti lucri ; a fortiori, si intuitu boni communis.

3° *Si pauci vel plures inter se conveniant ut nonnisi tali pretio vendant*, distinguendum est. Si *ultra summum pretium*, nulla est difficultas : certum est apud omnes, ait DE LUGO, eos peccare contra justitiam, et teneri ad restitutionem : pretium enim quod constituunt est injustum ; etenim justum pretium non ex quorumdam cupiditate pendet, sed statuitur vel auctoritate publicâ, vel communi æstimatione efformatâ bonâ fide et sinè conspiratione præcedente, attentis variis circumstantiis. Si *tantùm pretio summo*, multùm dissentiunt theologi. Alii dicunt eos peccare contra justitiam : jus habent cives ne cogantur emere summo pretio : porrò per tale monopolium coguntur ; ibi enim intervenit quædam vis moralis : ac proinde cives per vim deturbantur a suo jure ; quod est injustum. Insuper respublica jus habet ne fiant talia monopolia in ejus damnum. Alii dicunt non esse peccatum contra justitiam : venditores jus habent non vendendi nisi summo pretio, nec jus habent emptores ad emendum infimo ; habent tantùm jus ne viâ injustâ cogantur ad eo modo emendum : porrò hìc non potest probari quòd adhibeatur via injusta ; supponitur enim non adhiberi fraudem, minas,

aut alia hujus generis, sed fieri tantùm inter mercatores conventionem liberam : porrò talis conventio non probatur injusta; si enim quilibet mercator possit non vendere nisi summo pretio, quare non posset id cum aliis statuere, vel quare injustus esset qui id ei suaderet?

Cæterùm certum est tales monopolas peccare 1° contra bonum publicum, cui nocent hujusmodi machinationes : unde genus illud monopolii reprobatur a lege; art. 419 Cod. pœnal. 2° Eos peccare contra charitatem, ex communi sententia : quamvis mercator non teneatur vendere infra pretium summum, tenetur non dissuadere aliis : sic, v. g., licèt non tenear tali dare eleemosynam, peccarem si alios ab ea danda averterem.

397. *Nota.* Quod diximus de vendentibus applicari debet ementibus qui convenirent de non emendo nisi pretio infimo. Sed insuper communiter applicatur conventionibus initis inter certæ cujusdam speciei artifices, v. g., de tali pretio exigendo, de non perficiendo per unum opere ab altero incœpto, de non docendis talem artem nisi propriis filiis, etc. Hæc subjiciuntur specialibus pœnis art. 415 Cod. pœn.

Art. 4. *De obligationibus venditoris.*

398. Ut scopus venditionis attingatur, tenetur venditor præstare ut possit emptor jura domini circa rem venditam exercere, iisque securus frui. Hinc duplex præcipua venditoris obligatio, juxta art. 1603 Codicis civilis : traditio, gallicè *la délivrance;* assecuratio, gallicè *la garantie.* De utraque sigillatim dicemus.

§ 1. *De traditione rei venditæ.*

399. Per traditionem intelligitur translatio rei venditæ in potestatem et possessionem emptoris; art. 1604. Non ergo sufficit ut res constituatur in mera possessione, seu sub detentione materiali emptoris, nisi constituatur simul sub ejus potestate, ita ut possit de ea pro nutu suo disponere. Tenetur ergo venditor rem tradere, nec posset ab ea obligatione se eximere offerendo compensationem damno-

rum. Emptor verò habet actionem personalem contra venditorem, simulque actionem circa rem cujus dominium vi contractûs acquisivit (nº 161 et seq).

Exponendum nunc habemus, 1º quomodo fieri debeat traditio rei; 2º quo loco et cujus expensis; 3º quo tempore; 3º quid includere debeat.

400. Iº *Quomodo fieri debeat rei traditio?* Hæc statuit Codex civilis. — 1º si agatur *de bonis immobilibus*, venditor satisfacit suæ obligationi tradendo claves, si agatur de ædificio, et titulos proprietatis; art. 1605. — 2º Si agatur *de bonis mobilibus*, liberatur venditor, vel per traditionem realem; vel tradendo claves ædificii in quo continentur; vel solo consensu, si translatio statim fieri nequeat, vel si jam antea res erat alio titulo penès emptorem; art. 1606. Satìs impropriè dicitur traditionem fieri solo consensu: sensus est, quando traditio statim fieri nequit, venditorem statim non obligari; sed emptor non erit in possessione reali ad sensum art. 1141, nec anteponeretur novo emptori cui vendita et tradita fuisset. — 3º Si demum agatur *de juribus incorporeis*, traditio fit quando emptor a venditore accipit titulos proprietatis, vel jure utitur ex ipsius consensu, art. 1607. Sed advertendum est, quando agitur de juribus aut actionibus erga tertium, non sufficere traditionem titulorum ut emptor verè sit in possessione, etiam quoad extraneos, sed requiri ut venditio notificetur illi tertio, prout statuit art. 1690, de quo postea (nº 422).

Sed observant jurisperiti enumerationem quæ legitur art. 1605, 1606, 1607, non esse limitativam, neque excludi varios alios modos quibus res a venditore in emptoris potestatem et possessionem transferri posset: solummodo, ubi agitur de mobilibus, ut vim habeat erga tertium, cavendum est ut talis sit ex qua huic tertio apertum fiat dominium jam non remanere penès venditorem.

401. IIº *Quo loco fieri debeat rei venditæ traditio?* Ex art. 1609, traditio fieri debet in loco ubi res erat tempore venditionis, nisi aliter conventum fuerit. Conventio illa potest esse vel expressa, vel tacita; hæc deduci potest vel ex usu locorum, cui standum est, vel ex circumstantiis quæ indicant voluntatem contrahentium. Quoad *expensas*, sic statuit art. 1608: venditor perferre debet eas quæ spectant ad ipsam traditionem, *la délivrance*; emptor verò eas quæ spectant ad asportationem, *l'enlèvement*, nisi aliter conventum fuerit.

402. IIIº *Quonam tempore fieri debeat rei venditæ traditio?* Si tempus determinatum fuerit per conventionem, huic standum est: sin autem, res tradi debet statim ac eam exigit emptor, modò pretium solvat, nisi terminus ei concessus fuerit.

Si venditor rem non tradat tempore præfixo, potest emptor, ex art. 1610, postulare vel resolutionem contractûs, vel traditionem rei: sive autem unum, sive alterum postulet, tenebitur venditor, ex art. 1611, compensare damna quæ ex illa mora emptor passus fuerit. Duo tamen casus ab applicatione illarum dispositionum excipiuntur: casus vis majoris, qui satis indicatur per ultima verba art. 1610; et casus

quo emptor vel, non obtento termino, omittit pretium solvere, art. 1612. vel, etiam termino obtento, incidit in eum statum unde seriò periclitetur venditor pretium amittere, art. 1613.

403. IV° *Quid includere debeat rei venditæ traditio?* Ad tria reduci possunt quæ eâ de re statuuntur. 1° Res tradi debet in statu in quo erat tempore venditionis; ab eo die fructus pertinent ad emptorem; art. 1614 : dominium ad eum transiit; sed si pretium non solverit, debet, ex art. 1652, interesse : de quo alibi (n° 414). 2° Res tradi debet cum suis accessoriis et iis quæ destinantur ad ejus usum perpetuum; art. 1615. Quibusnam objectis applicetur ille articulus, determinabitur ex circumstantiis. 3° Tenetur venditor rem tradere juxta mensuram (*la contenance*) in contractu expressam; art. 1616. Si autem error admissus fuerit, id est, si vera mensura alia sit ac mensura expressa, distinguendum est an venditio facta fuerit ad mensuram, ut dicitur, *à tant la mesure*, an verò ad corpus, pro unico pretio. In priori casu, si venditor non possit tradere mensuram expressam, vel si emptor eam non exigat, minuendum est eâdem proportione pretium; art. 1617 : si verò major sit mensura quàm quæ expressa fuit, potest emptor pro nutu suo vel solvere supplementum pretii, vel a contractu resilire, si excessus attingat vigesimam partem mensuræ expressæ; art. 1618. In posteriori casu, non est locus augendi vel minuendi pretium, nisi discrimen attingat vigesimam partem, ratione habitâ valoris eorum omnium quæ sunt objectum venditionis ; art. 1619 : quando autem locus adest augendi pretium, potest emptor vel a contractu resilire, vel solvere supplementum pretii; art. 1620 : si velit resilire, venditor debet ipsi restituere, non solùm pretium, sed etiam impensas contractûs; art. 1621.

§ 2. *De assecuratione rei venditæ.*

404. Parum esset quòd res a venditore tradita fuisset emptori, si hic non posset eam securus possidere, eâque frui. Hinc venditor tenetur hoc illi præstare, seu aliis verbis, assecurare. Hæc autem assecuratio, ex art. 1625, respicit vel evictionem, vel occultos rei defectus, seu vitia redhibitoria.

I° *De assecuratione* CONTRA EVICTIONEM. — Tunc evictio adesse dicitur, quando emptor obligatur ad rem alteri reddendam, nempe vel domino, vel creditori habenti hypothecam; seu quando in ejus possessione ita turbatur, ut jam dici nequeat venditorem rem transtulisse in ejus potestatem, ad sensum art. 1604. Porrò venditorem teneri in eo casu ad assecurandum emptorem, id est, ad præstandum ut rem servare possit, vel ad eum indemnem faciendum, apud omnes constat; ideo enim tantùm pretium

accepit : unde illa obligatio venditoris locum habet absque ulla speciali conventione, vi solius juris ; art. 1626. Imò si agatur de assecuratione contra factum venditoris, est de essentia venditionis, nec per ullam conventionem tolli posset ; art. 1628 : quia nemo potest se immunem reddere a præstando dolo et mala fide. Sed si agatur de facto alieno, potest obligatio assecurationis per conventionem tolli aut minui, vel etiam augeri ; art. 1627 : ita tamen ut, etiam sublatâ assecuratione, pretium reddi debeat a venditore in casu evictionis, nisi emptor tempore venditionis cognoverit periculum evictionis, vel emerit proprio periculo ; art. 1629 : pretium datur pro dominio, ac proinde si dominium non transferatur, venditor nullum jus habet ad pretium ; sed quando emptori notum fuit periculum, debuit pretium imminui, tuncque non tam rem ipsam emere voluit quàm jus incertum ad illam.

405. Hoc generali principio posito, breviter exponendum est, 1° quandonam venditor immunis sit ab obligatione assecurationis ; 2° quis actionem habeat ad exigendam assecurationem ; 3° contra quem dirigi possit hæc actio ; 4° quinam sint illius effectus, sive in casu evictionis totalis, sive evictionis tantùm partialis.

I. *Quandonam venditor immunis sit ab obligatione assecurationis?* Præter casum conventionis expressæ, sunt varii alii casus in quibus non tenetur venditor ad assecurationem. Quosdam indicabimus.— 1° Si *causa evictionis nonnisi post venditionem orta sit*, seu accuratiùs si jus per cujus exercitium fit evictio non exstiterit ante venditionem, tunc, nisi ea causa oriatur ex facto venditoris, locus non est assecurationi : cùm enim venditor transmiserit jus integrum, omnino satisfecit suæ obligationi. Sic, v. g., si præscriptio completa non fuerit nisi post venditionem, emptor sibi imputare debet quòd eam non interruperit. — 2° Si *causa evictionis fuerit emptori declarata*, venditor non tenetur ad assecurationem. Ita deducitur ex postremis verbis art. 1626 : declaratio venditoris satis indicat eum nolle assecurare, et certè hujus ratio habetur in pretii determinatione. — 3° Si *emptor fiat simul cre-*

ditor et debitor quoad evictionem, tollitur obligatio assecurationis. Sic, v. g., domum emi a Petro, et tibi eam vendo : ab eo postmodum evinceris, et recursum habes erga me, sicut et ego erga Petrum. Sed evenit ut sis hæres Petri, ac proinde erga me tenearis : tunc fit inter utramque actionem compensatio. — 4° Si *per culpam suam se evinci sinat emptor*, non ei debetur assecuratio. Sic ex art. 1640, si in possessione rei turbatus coram judice, venditorem non advocaverit, et probet venditor se potuisse opponere rationes sufficientes ad impediendam evictionem, iste liberatur.

406. II. *Quis actionem habeat ad exigendum assecurationem ?* — De ipso emptore nulla est difficultas : sed quæstio movetur de ejus causam habentibus, seu de illis qui ejus vicem tenent. Omnes agnoscunt successores ejus titulo universali eamdem habere actionem quam ipse habebat, cùm ejus personam omnino repræsentent. Sed res non est ita aperta quoad successores titulo particulari : v. g., si ipse rem alteri vendiderit, vel donaverit aut legaverit, non constat an secundus emptor, vel donatarius aut legatarius, actionem eamdem habeant. Affirmat Pothier pro secundo emptore, at negat pro donatario.

Verùm existimamus cum jurisperitis recentioribus, etiam in casu donationis admittendam esse actionem. Ex una parte, cùm in jure hodierno pretium detur pro translatione dominii, venditor nullum titulum habet ad illud retinendum : ex altera, donator confert donatario omnia sua jura quoad rem donatam, ac proinde ipsum jus exigendi assecurationem.

407. III. *Contra quem dirigi debeat actio ad obtinendam assecurationem ?* Si venditor plures reliquerit hæredes, difficultas est, contra quem emptor possit aut debeat dirigere actionem, id est, utrùm et quatenus illa actio sit indivisibilis ? — Juxta multos jurisperitos, actio indivisibilis est *quoad petitionem*, divisibilis *quoad damnationem* : attamen in adæquata totius quæstionis solutione non omnino concordant. Cæterùm omnes suadent emptori ut recurrat simul ad omnes hæredes : si enim

unum solum adeat, et iste in judicio vincatur, sibi tantùm vincitur, et non aliis qui non fuerunt vocati, et sunt in integro statu defendendi; ac proinde tenebitur ad alios recursum habere.

408. IV. *De effectu assecurationis in casu evictionis integræ.* Tenetur venditor causam emptoris suscipere, ad impediendam evictionem: si autem non possit evictionem impedire, tenetur emptorem præstare indemnem: et ideo plura debet restituere, ex art. 1630.

1° *Pretium.* Sed quale? Hæc ea de re statui possunt. — 1. Licèt rei valor interim imminutus fuerit, pretium restitui debet integrum; art. 1631: cùm resolvatur venditio, nullum titulum pretii servandi habet venditor; et quamvis imminutio oriretur ex facto vel negligentia emptoris, hic valet axioma juris: *Qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est.* Excipitur tantùm casus quo fructum percepit emptor ex ea imminutione, v. g., vendendo ea quæ ex domo diruta superfuerunt, vendendo arbores (*une futaie*), vel alia percipiendo: tunc venditor potest in eadem proportione minuere restitutionem; art. 1632: alioquin emptor bis reciperet restitutionem pretii quoad aliquam partem; debet quidem indemnis servari, sed non ditior fieri. Ita jurisperiti. Supponendum tamen est emptorem evictum non restituere domino rei quod ex illius imminutione percepit; si enim debeat illud restituere tanquam æquivalens rei, jam nil obstabit quin ipse integrum pretium recuperet a venditore. — 2. Si contrà valor rei auctus sit etiam sinè facto emptoris, jus habet ad pretium proportionatum augmento; art. 1633: si venditor rei dominium transtulisset, quemadmodum transferre tenebatur, emptori nunc prodesset illud augmentum; ergo venditor non implens suam obligationem est causa cur nunc illo careat; ergo debet illum indemnem servare, seu augmentum solvere emptori, non per modum restitutionis pretii, sed titulo compensationis. — 3. Si res pluries vendita fuerit, et non semper eodem pretio, ex dictis sequitur primum venditorem teneri, si pretium maximum solutum fuerit ab ultimo emptore evicto, totum

ipsi refundere, licèt ipse minus receperit. Ita post Curiam supremam TROPLONG et ROGRON. Sed si emptor evictus minus pretium solverit, non potest repetere nisi quod solvit, quia ipsius venditor immediatus ad aliud non se obligavit.

2° Venditor debet restituere sumptus contractûs, *les frais et loyaux coûts;* art. 1630 : id est, ea quæ emptor solvere debuit pro confectione contractûs.

3° *Fructus*, quando emptor eos restituit domino ; art. 1630 : debet autem illos reipsa restituere a die quo fuit malæ fidei, prout dictum est in Tr. *de Justitia* (n° 377).

4° *Sumptus pro intentanda actione* sive emptoris, sive domini ; art. 1630. Actio domini rem repetentis vocatur *Demande originaire;* actio verò emptoris erga venditorem ut rem assecuret dicitur *Demande en garantie.*

5° *Damna* quæ patitur emptor; art. 1630. Illa compensatio damnorum distinguenda est a restitutione pretii, ut modò dicebamus, et agnoscunt hodie omnes jurisperiti : complectitur autem tum augmentum pretii, sensu mox exposito; tum impensas, de quibus modò. Sed non debetur illa compensatio, si emptor cognoverit rem non esse venditoris; art. 1599. Cæterùm quoad alias quæstiones quæ hic oriri possunt, recurrendum est, juxta art. 1639, ad ea quæ dicta sunt *de Compensatione damnorum* (n° 165 et seq.).

6° Venditor tenetur compensare *impensas* factas ab emptore. Impensæ *utiles* aut *necessariæ* debentur, sive venditor bonæ vel malæ fidei fuerit; art. 1634. Sed non eas debet venditor, nisi quatenus non solvuntur a domino rem suam recuperante; non potest enim emptor earum compensationem bis recipere : cùm tamen ex modò dictis juxta art. 1639 jus habeat ad totum valorem rei, si dominus non refundat nisi impensas quæ sint minores valore (prout jus habet ex dictis in Tr. *de Justitia*, n° 378), venditor tenebitur refundere quod deest ut emptor totum valorem recipiat. Quoad verò impensas *voluptuarias*, eas non debet venditor, nisi quando fuit malæ fidei ; art. 1635 : quando enim fuit bonæ fidei, æquum non est ut fortuna ipsius dilabatur propter impensas quas inconsultò facere potuit emptor.

409. V. *De effectu assecurationis in casu evictionis partialis.* Si pars de qua emptor evincitur talis sit ut absque ea rem emere noluisset, potest petere dissolutionem venditionis; art. 1636: tunc habet jura mox indicata. Secùs, recursum habet contra venditorem quoad partem e qua evincitur: sed valor ei solvitur pro æstimatione rei tempore evictionis, non verò proportione habitâ pretii integri, sive valor auctus, sive imminutus sit; art. 1637. Quando valor auctus est, nulla est difficultas; eadem enim occurrit ratio ac in casu evictionis integræ. Sed quando imminutus est, non ita facilè percipitur cur non idem quoque statuatur: dici potest cum Duvergier, venditionem tunc non resolvi, nec proinde restitui partem pretii, sed tantùm deberi compensationem damni quod patitur emptor; porrò damnum illud est præcisè valor rei tempore evictionis.

Quæ s'atuuntur de evictione partiali, applicantur, art. 1638, casui quo fundus venditus gravabatur *servitutibus non apparentibus*, quæ non fuerunt declaratæ.

410. II° *De assecuratione rei* contra defectus, *seu* vitia. — Ut venditor obligationi suæ satisfaciat, satis non est rem venditam tradi emptori qui eam securus possideat: requiritur ut possit eâ uti, ac proinde ut res non inficiatur defectibus seu vitiis quæ eam redderent fini ad quem destinatur non aptam. Hinc obligatio venditori imposita assecurandi emptorem sub isto secundo respectu. Hæc tamen obligatio non potest extendi ad quoscumque defectus; alioquin vix ullum commercium stare posset. Hinc lex eam non sancit nisi quoad vitia quæ dicuntur *redhibitoria;* si ea de causa venditio dissolvatur, hæc dissolutio vocatur *Redhibitio.* Sed fieri potest ut, etiam quando lex redhibitionem non permittit, læsa sit nihilominus conscientia: unde sub utroque respectu, seu quoad utrumque forum quæstio est investiganda.

Theologi vulgò distinguunt triplex vitiorum genus: alia versantur circa rei substantiam, ut si vendatur orichalcum pro auro, vitrum pro gemma; alia circa quantitatem; alia demum circa qualitatem. De duabus prioribus

non est magna difficultas. Defectus *circa substantiam*, si eos non agnoverit emptor, reddunt contractum irritum, ut intelligitur ex dictis *de Errore*. Defectus *circa quantitatem* ordinariè non irritant contractum, quia plerumque error non redundat in substantiam : aliquando tamen dant locum resiliendi a contractu, ex dictis suprà (n° 403) ; vel reddunt contractum rescindibilem ad nutum emptoris, quando nempe dolus venditoris dedit positivè causam contractui (n° 37). Sed facilè intelligitur venditorem qui circa quantitatem decipit peccare et injustitiam committere : et quidem etiamsi minuat pretium, si vendat supra infimum pretium licèt non ultra summum, tenetur restituere, quia emptor ex conventione jus habet ad pretium conventum, ut suprà diximus (n° 388). Si tamen non venderet, etiam posito dolo, nisi pretio infimo, signum esset eum coactum fuisse ad vendendum infra justum pretium ; ac proinde posset se liberare ab ea injustitia, et consulere suæ indemnitati.

411. Præcipua difficultas versatur de defectibus *circa qualitatem*. Loquemur primùm de iis de quibus statuit jus civile.

I. *De vitiis redhibitoriis.*— Eo nomine designantur vitia occulta, emptori ignota, quæ tempore venditionis aderant, quæque rei usum ad quem empta est impediunt, aut ita minuunt, ut emptor eam non emisset vel minoris emisset, si horum notitiam habuisset ; art. 1641. Hinc deduci potest quid generatim requiratur, ut vitium haberi debeat tanquam redhibitorium. Singula in Codice civili non potuerunt in specie designari. Ex mente legislatoris, et ex art. 1648 deducebant auctores standum esse ea de re consuetudini in variis provinciis receptæ : sed per legem latam 20 maii 1838 statutum fuit quænam vitia haberi debeant ut redhibitoria in venditione animalium domesticorum, ubi frequentiùs applicanda occurrunt principia.

Jam verò ubi adsunt vitia redhibitoria, potest *emptor*, ex art. 1644, pro nutu suo vel rem reddere et restitutionem pretii petere, vel rem servare et partem pretii recuperare juxta æstimationem peritorum : sed ex lege mox

citata, art. 2, hæc pretii imminutio non admittitur in venditione aut permutatione animalium domesticorum de quibus ibi agitur.

Ex jure quod competit emptori facilè deducitur quænam sit *obligatio venditoris*. Quædam observare sufficiat.

1° Venditor tenetur de vitiis redhibitoriis, sive ea cognoverit, sive ignoraverit; art. 1643. Unde intelligitur ipsius obligationem non oriri tantùm ex injuria emptori illata, sed esse quasi partem conventionis: nihil igitur obstat quin emptor jure suo uti possit in conscientia.

Duplex tamen adest discrimen inter venditorem bonæ, et malæ fidei. Prior potest ab illa obligatione se eximere per stipulationem contrariam; art. 1643: quod posteriori non conceditur. Deinde venditor bonæ fidei tenetur tantùm restituere emptori pretium rei, et sumptus quos venditionis causâ pertulit; art. 1646: venditor autem malæ fidei tenetur insuper compensare omnia damna emptori illata.

2° Si res vendita perierit ex vitiis, interitus recidit in venditorem, qui tenetur restituere pretium, et damna compensare; art. 1647. Sed si perierit casu fortuito, perit emptori; *ibid.*: a fortiori, si perierit culpâ emptoris: tunc vitium non nocuit emptori. Verum tamen remanet venditorem sinè causa retinere pretium integrum, cui par non erat valor rei quam tradidit; unde in conscientia tenetur, saltem si fuerit malæ fidei, restituere partem pretii proportionatam imminutioni quæ facienda fuisset ratione vitiorum.

3° Actio orta ex vitiis redhibitoriis proponi debet brevi morâ, secundùm naturam vitiorum, et usum locorum ubi venditio locum habuit; art. 1648. Sed ex lege 20 maii 1838, art. 3, conceditur modo generali et pro quocumque loco, mora triginta dierum quoad tres vitiorum species ibi designatas; et novem tantùm quoad cætera. Si autem interim animal moriatur, statuit art. 7 venditorem non exinde obligari, nisi probet emptor ipsum interiisse ex vitio redhibitorio. Sed cùm illa lex non respiciat nisi vitia redhibitoria animalium domesticorum, in aliis casibus recurrendum semper ad consuetudinem locorum.

4° Illa actio non conceditur in venditionibus quæ fiunt auctoritate judiciariâ; art. 1649 : in his minùs timendæ sunt fraudes ; et aliunde sæpe hujusmodi venditiones fiunt infimo pretio ; et ordinariè cum magnis sumptibus, adeò ut intersit eas facilè non irritari.

5° Quando redhibitio fit, *Omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque venditio intercesserit*, ut dicitur in jure. Quemadmodum ergo venditor reddit pretium, sumptus, etc., sensu exposito ubi *de Evictione* (n° 408), ita emptor reddit rem, vel quod ex ea superest si ex vitio interierit, cum illius accessoriis seu incrementis. Venditor debet restituere interesse pretii, emptor verò fructus rei.

412. II. *De vitiis non redhibitoriis.* — De iis nihil statuit jus civile, ac proinde per se nulli actioni dant locum. Sed videndum quid in conscientia.

1° *Si venditor dolo utatur* ad decipiendum emptorem, sitque per hunc dolum causa emptionis, contractus est rescindibilis ad nutum decepti, ut diximus ubi *de Dolo* (n° 37). Potest autem dolum adhibere dupliciter : positivè, et negativè. *Positivè*, verbis et factis : *verbis*, quando mendaciis conatur occultare vitia suæ mercis : *factis*, si arte quam dicunt mangonium (*maquignonnage*) faciat ut merces suæ meliores quàm sint appareant : v. g., si guttulam mercurii in auribus equi infundat ut non segnis appareat, si lanam reposuerit in loco madido, et sexcenta alia quæ cupiditas lucri adinvenit. *Negativè* autem dolum adhibet, qui non aperit defectus rei suæ quando tenetur aperire : unde exponendum est utrùm et quando teneatur aperire, extra casum vitii redhibitorii, de quo jam dictum est. — 1. Quamvis vitia rei manifesta, quæcumque sint, nullam actionem dent emptori in foro externo, si tamen videat venditor ea ab emptore non deprehendi præ simplicitate, inadvertentia, etc., debet eum monere quando talia sunt ut, si occulta essent, deberent manifestari : fatentur omnes ad id teneri ex charitate ; non pauci dicunt etiam ex justitia, quia vitia sunt respectu illius emptoris occulta, ac proinde militant eædem rationes ac in casu vitii occulti. — 2. Si *emptor interroget*, tenetur venditor manifestare

vitia præsertim occulta. Est communis sententia doctorum, inquit LESSIUS : alioquin emptorem injustè deciperet ; nam iste jus habet ut ei secundùm veritatem respondeatur. —3. Extra hos casus, id est, si vitia non sint redhibitoria, nec venditor interrogetur, docent communiter auctores post S. THOMAM, eum non teneri manifestare vitia suæ rei. Dummodo enim pretium sit valori rei proportionatum, de quo mox, jam nullum emptori infertur damnum, aut injuria. Et aliàs non possent conservari commercia in Republica. Nam si defectus omnes non notabiles in se, nec relatè ad usum emptoris, detegerentur, multi ab emendo deterrerentur in magnum venditorum detrimentum. Attamen si venditor prævideat emptorem, ignorantem rei defectus, eam fortè revenditurum majori pretio quàm valeat, vel soliturum servare diutiùs quàm servari queat, etc., debet eum, saltem peractâ venditione, monere : quia, inquit P. ANTOINE, hoc ipso quòd rem suam exponit venalem cum occulto vitio, tenetur ex officii sui lege cavere ex parte sua, ne quis inde damnum patiatur.

413. — 2° Si *venditor non minuat pretium* rei defectuosæ, sed vendat eodem pretio ac si esset integra et perfecta, læditur æqualitas in contractu, quia vitium verè minuit valorem rei : et sæpe inducitur obligatio restituendi. Scilicet 1. si scienter sic vendat supra summum pretium, nullum est dubium. Si verò ex ignorantia inculpata, tenebitur ubi id resciverit damnum reparare, quia habet plus quàm debet habere, et emptor minus : nisi tamen declaraverit se nolle suscipere periculum defectûs ; tunc enim emptor illud in se suscipit, sed debet ea de causa aliquid e pretio detrahi. 2. Si non vendat supra pretium supremum, non videtur injustitiam committere : nisi tamen per fraudem pretium illud obtineat, ut antea dictum est (nº 388). Hinc pariter si res habens defectum sit æquè bona et æquè valeat ac res aliæ ejusdem speciei quæ communiter venduntur, non videtur injustum eam vendere eodem pretio quo aliæ venduntur : venditor in eo casu nec damnum nec injuriam facit emptori, cùm vendat illi rem ejusdem bonitatis, valoris et utilitatis ad usus humanos, ac eam quam ab aliis

emeret; unde si adsit quædam fraus, non est nociva emptori. Attamen id communiter est illicitum, nisi fiat ex causa rationabili : id enim bonæ fidei et securitati commercii repugnat; nec congruit ut mercatores constituantur judices in propria causa, quia inde multi sequerentur abusus. Insuper illud odiosum est Reipublicæ : unde Facultas Parisiensis, an. 1665, hanc propositionem damnavit: « Licitum est tabernariis vinum aquâ miscere, et agricolis triticum paleis, et communi pretio vendere, dummodo deteriora non reddantur eis quæ communiter venduntur. » Et in Codice pœnali, art. 475-6°, mulctis plectuntur qui vendunt potiones adulteratas.

Art. 5. *De obligationibus emptoris.*

414. Præcipua obligatio emptoris respicit solutionem pretii; art. 1650. Adest etiam obligatio rem tollendi tempore præfixo. De utraque sigillatim dicemus.

I° *De* SOLUTIONE PRETII. — Quemadmodum venditor tenetur rem tradere, ita emptor pretium solvere. Hæc solutio fieri debet loco et tempore præfixis; et si nihil conventum fuerit, loco et tempore quo res traditur, vel tradi debebat; art. 1650, 1651 : vid. quæ diximus ubi *de Solutione* (nis 256, 257). Dicimus autem hic *Vel tradi debebat*, quia si res casu fortuito perierit, non ideo liberatur emptor a pretio solvendo, prout jam diximus (no 273). Nunc autem tria potissimùm addenda habemus.

I. *De interesse pretii non soluti.* Emptor tenetur illud solvere in triplici casu per art. 1652 designato. 1° Si ita conventum fuerit tempore venditionis. 2° Si res vendita et tradita sit frugifera : æquum non est ut emptor fruatur simul re frugiferâ, et illius pretio. Hinc observant jurisperiti hanc dispositionem fuisse admissam etiam in jure canonico, quo tam rigidè prohibebatur usura. 3° Si emptor sit in mora solvendi pretium : ad illud sufficit mera interpellatio (*une sommation*), nec requiritur interpellatio judiciaria ad sensum articuli 1153, cui proinde derogat quoad præsentem casum art. 1652. Docent autem plerique jurisperiti in duobus prioribus casibus deberi auctarium a die con-

tractûs, etiamsi concessus fuerit emptori terminus ad solvendum : tum ob generalitatem art. 1652; tum quia, si non deberetur nisi ab elapso termino, necessariæ non fuissent duæ priores dispositiones, cùm per tertiam satis provideatur juri venditoris. Aliud tamen dicendum foret, si ratione termini auctum fuisset pretium. De his redibit sermo quoad forum conscientiæ ubi *de Usura* (n° 574).

II. *De suspensione solutionis*. Si emptor perturbetur vel habeat justam causam metuendi perturbationem in rei possessione per evictionem, aut actionem hypothecariam, potest suspendere solutionem pretii, donec sublata fuerit hæc perturbationis causa; art. 1653 : cùm venditor in eo casu obligationem suam non impleverit, nec ipse emptor suam implere tenetur; pretium retinet quasi in securitatem sui juris. Potest tamen venditor hanc solutionis suspensionem impedire, si conventum fuerit pretium solvendum fore, non obstante perturbatione, vel si sponsorem seu fidejussorem constituat; art. 1653 : in priori casu, standum profectò conventioni; in posteriori, jam securus efficitur emptor, sicque nihil obstat quin solvere possit.

III. *De resolutione venditionis ob pretium non solutum*. Ex art. 1654, si emptor pretium non solvat, potest venditor postulare resolutionem venditionis. Facultas illa consectarium est principii quod statuit art. 1184, ex quo conditio resolutoria subintelligitur in contractibus bilateralibus pro casu quo alter e contrahentibus non satisfacit suæ obligationi. Competit autem soli venditori : neque enim æquum est ut possit emptor contractum dissolvere non solvendo pretium : locum habet in qualibet venditione. Ipsa verba articuli 1654 indicant resolutionem non fieri pleno-jure, sicut in casu conditionis expressæ, prout jam diximus (n° 211). Vid. hic art. 1655, 1656. Cæterùm fieri potest sinè interventu judicis, si consentiat emptor.

Per hanc autem resolutionem, res reponuntur *inter venditorem et emptorem* in eodem statu ac ante venditionem, prout exposuimus *ibid*. Si locus sit, potest emptor obligari ad compensanda damna venditori illata, sive per deteriorationem rei ortam ex culpa vel negligentia emptoris, sive

ex ipsa transgressione obligationis quam emptor contraxerat. Sed *si res ad alios transierit*, non est eodem prorsus modo ratiocinandum. Novus enim rei detentor potuit in bona fide versari; neque titulus resolubilis habendus est ut titulus vitiosus. Non tenebitur ergo ad restitutionem fructuum, nec ad compensandas deteriorationes; poterit præscribere per possessionem decem aut viginti annorum, etc. Imò si agatur de mobilibus, novus detentor bonæ fidei nihil sæpe timendum habebit ex resolutione venditionis, ut intelligitur ex pluries dictis. Sed quando detentori novo non competunt hujusmodi exceptiones, jus suum etiam erga illum exercere potest venditor, qui proinde actionem habet sive erga emptorem, sive erga tertium detentorem. Si sibi consulere velit, suadent jurisperiti ut contra utrumque simul agat.

415. II° *De obligatione* REM EMPTAM TOLLENDI. — Hæc est secunda emptoris obligatio. Si de tempore quo debet rem tollere, seu, ut dicitur, *prendre livraison,* conventio inita sit, huic standum est: si nulla sit conventio, res statim tollenda est, nisi per consuetudinem locorum concedatur aliqua mora. Si emptor desit suæ obligationi, jam venditor 1° non ampliùs tenetur ad rei custodiam : potest, ex art. 1264, a judice obtinere ut res alibi custodienda deponatur. Si in ea servanda impensas bonâ fide fecerit, poterit eas ab emptore repetere. 2° Potest petere compensationem damnorum, si quædam passus sit, v. g., quia impeditus fuit frui suis horreis, cellariis, etc. 3° Tandem, si agatur de bonis mobilibus, potest resolvere venditionem, juxta art. 1657. *et quidem sine interpellatione.*

ART. 6. *De quibusdam peculiaribus venditionis speciebus.*

416. De præcipuis tantùm hic dicemus, nempe 1° de venditione cum pacto redimendi; 2° de venditione jurium incorporeorum; 3° de auctione publica, gallicè *vente aux enchères*; 4° de venditione per proxenetas.

§ 1. *De venditione cum pacto redimendi.*

417. Eo nomine designatur venditio in qua venditor sibi

reservat facultatem rem suam intra quoddam tempus recuperandi, restituendo pretium, solvendo sumptus, et resarciendo damna secuta. Ita art. 1659. Facultas redimendi non potest extendi ultra quinquennium; art. 1660: voluit lex ne dominia diutiùs manerent incerta.

Hæc venditio non est habenda tanquam inita sub conditione suspensiva : statim plena est et perfecta ; sed inita sub conditione resolutoria : neque per resolutionem fit novus venditionis contractus; unde observant jurisperiti satis accurata non esse verba quæ adhiberi solent, *Rachat*, *Réméré*, etc. Igitur *emptor* statim evadit dominus rei. Unde potest præscribere; art. 1665 :* si bonum esset hypothecâ gravatum et venditoris creditores illud prosequerentur, posset emptor obtinere ut antea discuterentur venditoris bona; art. 1666. Attamen dominium emptoris est resolubile, et nonnisi ut tale potest illud alteri transferre : unde quando fit resolutio, venditor recipit bonum liberum ab omnibus oneribus quibus gravari potuit ab emptore; art. 1673. Sed ex eodem articulo stare debet locationibus, gallicè *aux baux*, ab emptore initis absque fraude, id est, eodem pretio et iisdem conditionibus quibus iniri consueverant. *Venditor* autem dominium rei amisit : sed habet jus ad illam, conditione suspensum ; potest enim illam recuperare, si velit. Hæc facultas rem ipsam censetur attingere, non præcisè emptorem : unde potest exerceri erga secundum emptorem, licèt de ea non facta fuerit mentio in secundo contractu ; art. 1664. Si tamen ageretur de re mobili, quod fieri posse agnoscunt jurisperiti cùm nihil obstet in jure, idem dici non posset ob dispositionem art. 2279.

418. His positis, hæc statui possunt.

I. *Licita est venditio cum pacto redimendi in gratiam solius venditoris.* — *Prob.* Talis venditio in jure civili expressè admittitur, et nihil aliunde habet quod juri naturali adversetur; modò enim serventur conditiones mox afferendæ, adest æqualitas in contractu, nec læditur justitia.

Conditiones illæ sunt, 1° ut minuatur pretium rei. Ita omnes exigunt : quia cùm illa facultas sit onus emptori

* Si bonum non est hypothecâ gravatum Emptor [illegible] ut antea discuterentur venditoris bona [illegible] art 1666 [illegible] art 2170.

impositum, et pretio æstimabile, compensari debet per pretii imminutionem. 2° Ut adsit voluntas sincera vendendi et emendi; alioquin non esset contractus venditionis, ut patet. Porrò facilè evenire potest ut desit illa voluntas: aliquando enim ea via adhibetur ut occultetur mutuum usurarium; tunc idem est ac si emptor mutuo daret venditori summam pecuniæ, eâ conditione ut interim percipiat fructus fundi in pignus dati. Jam verò ille contractus qui dicitur pignoratitius, gallicè *contrat pignoratif*, usurarius communiter habetur, ut infrà videbimus.

II. *Venditio cum pacto redimendi in gratiam emptoris, licèt absolutè possit esse licita, est tamen valde periculosa, nec ideo in praxi facilè admittenda.*

Prob. 1ª *pars.* In rigore adesse potest vera emptio, quâ emptor acquirat rei dominium et subeat illius periculum, licèt onus imponatur venditori eam redimendi. Attamen propter hoc onus res debet emi pluris quàm secundùm se absolutè valeat.

Prob. 2ª *pars.* Sub hujusmodi contractûs specie facilè velari potest usura, cùm non tanti sit momenti generatim periculum rei immobilis, ut æstimari queat et ab illo pacto usurarios removere. Revera plerumque deest vera voluntas vendendi et emendi: non aliud enim intendit emptor hanc facultatem sibi reservando, nisi pecuniam suam recuperare et interim fructus percipere; quod nihil aliud est quàm mutuum usurarium implicitum. Ergo, etc. Ita satis communiter theologi. Idem autem ferè dicendum de pacto in gratiam utriusque; quia licèt habeat minùs periculi, satis tamen habet mali, ut ait Collet. Cæterùm de his fusiùs ubi *de Censu redimibili* (n° 583).

Quòd si venditionem illam expendamus ex jure civili, eam expressè non approbat; sed nullibi etiam reprobat: eatenus tantùm reprobaret quatenus usuram immodicam seu supra taxationem legalem includeret.

419. III. Istæ sunt *obligationes venditoris, quando vult exercere facultatem redimendi.* — 1° Debet restituere *pretium rei;* art. 1673: non debet auctarium, quia emptor qui fructus percepit nullum jus habet ad auctarium,

etiam coram lege. Restituit autem idem pretium quod recepit, quia fit tantùm dissolutio prioris contractûs, ut diximus. Non posset iniri pactum de restituendo minori pretio: nisi enim emptor velit et possit donationem facere, vel nisi inæqualitas compensetur per fructus quos percepit, contractus erit injustus; quia æquum non est ut emptor tradat bonum ab omni onere liberum minori pretio quàm quod ipse solvit cum onere ei annexo. An autem possit iniri pactum de majori pretio restituendo, non constat: quidam id judicant usurarium; alii excusant, quia venditor non potest conqueri, cùm penès ipsum sit facultatem suam non exercere, si illius usum sibi noxium reputet. Existimamus maximè attendendum esse ad intentionem contrahentium, ut appareat num sit usuraria. Seclusâ verò intentione usurariâ, principium solutionis hoc esse videtur: in prima venditione eò magis minui debet pretium quò majus imponitur onus, et vice versâ; porrò si venditor non possit redimere nisi majori pretio, onus est longè minus erga emptorem, ut patet: ergo minùs debuit imminui pretium. Igitur ut constet de pacti justitia, attendendum erit an adsit æqualitas et vera compensatio inter utramque partem. — 2° Venditor debet restituere sumptus contractûs, gallicè *les frais et loyaux coûts de la vente;* art. 1673. — 3° Debet etiam restituere *impensas necessarias*, quia ipse eas facturus fuisset. Quoad impensas *utiles*, debet compensare quatenus auxerunt valorem fundi. Quoad impensas *voluptuarias*, ad nihil tenetur; emptor potest tantùm eas auferre, si absque fundi detrimento auferri possint. Ad nihil etiam tenetur quoad impensas quæ dicuntur *d'entretien*; sunt enim onus fructuum, et cum iis compensantur. — Tales sunt obligationes venditoris. Donec iis satisfecerit, non potest rei possessionem inire; art. 1673: emptor potest interim rem retinere quasi titulo pignoris, sed si antea reddat, non potest sibi ullum privilegium vindicare.

420. IV. Istæ sunt *obligationes emptoris*. — 1° Debet restituere *rem;* et quidem in statu in quo nunc est: unde si deterior facta sit absque culpa emptoris, non ideo vendi-

tor potest pretium restituendum minuere. Si contrà res augmentum acceperit, v. g., per alluvionem ad sensum art. 556, olim docebant multi cum POTHIER, pertinere ad emptorem, quia venditor non potest repetere nisi quod vendidit. Hodie docent jurisperiti totum esse venditori restituendum, quia venditio penitus resolvitur, et accessorium sequitur principale. Idem dicunt de thesauro : docent partem quæ ex art. 716 pertinet ad dominum fundi in quo reperitur, tribuendam esse venditori, et emptorem non posse retinere nisi eam partem ad quam jus habere potest ut inventor. Illud tamen nobis satis dubium videtur : nulla apparet ratio cur thesaurus ad venditorem redeat; non censetur pars fundi, sicque multùm differt, v. g., ab aurifodina quæ detecta fuisset : quamvis autem nequeat pariter inter fructus computari, ideoque ad usufructuarium non pertineat, attamen verum remanet jus ex illius inventione nonnisi tempore inter venditionem et ejus resolutionem medio ortum esse, ac proinde ad emptorem pertinere, quia tunc erat verè dominus. — 2º Emptor non tenetur restituere *fructus perceptos*, quia æquum non est ut venditor habeat simul usumfructum rei et pretium. Cùm res reponantur in eodem statu ac si venditio facta non fuisset, magis consentaneum esset principiis, ut emptor restitueret fructus, venditor autem auctarium pretii : voluit verisimiliter lex præcavere lites plerumque orituras si instituenda foret computatio fructuum.

421. V. *De quibusdam pactis quæ cum præcedenti connexionem habent* nonnulla dicemus.

1º *De pacto legis commissoriæ*. Locum habet quando eâ expressâ conditione res venditur, ut, si emptor intra certum tempus non solvat, inempta sit. Illud pactum in se nihil habet illiciti, cùm hujusmodi conditio tacitè insit cuilibet venditioni. Insuper approbatur expressè in jure, tum Romano, tum Gallico, nempe art. 1656. Quoad effectum autem, in jure Romano, contractus resolvebatur pleno jure; in jure autem Gallico veteri, requirebatur sententia judicis; in jure novo, quoad *immobilia*, resolutio non fit pleno jure, sed requiritur interpellatio venditoris, gallicè *sommation*, ex art. 1656. Quoad *mobilia*, fit pleno jure. Cæterùm adnotant plures theologi, nec abnuunt jurisperiti, rationem habendam esse voluntatis contrahentium : si apertè manifestata sit, huic profectò standum est, quotiescumque per legem expressè non reprobatur.

2° *De pacto addictionis*, vel *addictionis in diem*. Eo nomine designatur venditio facta eâ conditione, ut si intra certum quoddam tempus venditor inveniat meliorem conditionem, res inempta maneat. Illud pactum nihil injustum includit, modò minuatur aliquid de pretio, et absit fraus et dolus, qui adesset, v. g., si venditor quem pœniteret contractûs supponeret fictum emptorem. Potest autem fieri per modum conditionis suspensivæ, vel resolutoriæ. In jure nostro parum vigent hujusmodi contractus, de quibus silet Codex civilis.

3° *De retractu*. Retractus generatim est facultas alicui concessa revocandi ad se bonum alteri venditum, reddendo pretium emptori. Olim multi in variis consuetudinibus vigebant retractus : tres erant præcipui. 1° Retractus *conventionalis*, qui nihil aliud est quàm facultas redimendi, de qua mox diximus. 2° Retractus *gentilitius*, gallicè *retrait lignager*, vi cujus consanguineus venditoris poterat ad se revocare rem venditam extraneo vel consanguineo remotiori : hujus scopus erat ne avitæ possessiones ad alienas manus transirent. 3° Retractus *feudalis*, gallicè *retrait féodal*, vi cujus dominus feudalis poterat ad se revocare bona ab ipso moventia seu dependentia. Variæ retractûs species fuerunt per diversas leges suppressæ, an. 1790.

§ 2. *De venditione jurium incorporeorum.*

422. Jura incorporea triplicis generis distinguuntur, pro diversa rerum natura quas pro objecto habent : alia sunt merè *personalia*, ut chirographa et alia credita ; alia *realia*, ut usus, ususfructus, servitus; alia *mixta*, ut hæreditas. Porrò hæc omnia possunt esse ex omnium confesso venditionis objectum : hæc vulgò dicitur *transport de créances*.

1° *Regulæ generales circa venditionem jurium incorporeorum* ad tria referri possunt.

I. *Quoad traditionem*. Duo statuit Codex civilis. 1° Circa *modum*. Si res spectetur inter venditorem et emptorem, qui in præsenti materia dicuntur *le cédant, et le cessionnaire*, traditio fit per transmissionem tituli in manus emptoris ; art. 1689 : vel per usum juris ex parte emptoris cum consensu venditoris; art. 1607. Attamen observant jurisperiti ante eam traditionem translatum esse dominium, nempe ex solo consensu, juxta art. 1583, qui hic applicatur quemadmodum in aliis venditionibus. Sed quoad alios (*à l'egard des tiers*), requiritur ad traditionem perfectam, ut cessio notificata fuerit debitori, vel ab ipso acceptata in actu authentico; art. 1690 : alioquin si debitor solvat pristino creditori, liberatur; art. 1691 : si verò creditor jus suum duobus sucessivè vendat, anteponetur secundus, si illius acquisitio fuerit priùs notificata debitori.

Advertendum est illud principium non applicari in materia commercii : sic credita quæ dicuntur *Titres au porteur* transferuntur per meram traditionem ; art. 53 Cod. comm. : *les lettres de change, billets à ordre*, per viam quæ dicitur *Endossement ;* art. 136, 187. Adest etiam forma specialis ad transmissionem censuum publicorum,

Rentes sur l'État, *Actions de la Banque*, etc.—2° *Circa extensionem.* Traditio includit omnia accessoria crediti, v. g., fidejussionem, privilegium et hypothecam; art. 1692. Si, quando fit cessio, debeantur quædam auctarii reliquiæ (*des intérêts arriérés*), vulgò censent auctores includi in cessione, nisi venditor sibi reservet : cùm tradat titulum vi cujus possunt exigi, si velit sibi reservare, debet id exprimere.

II. *Quoad assecurationem.* Duplex distinguitur; juris et facti. Assecuratio *juris* ea dicitur quæ inest contractui absque stipulatione expressa. Talis est assecuratio de existentia juris quod venditur; art. 1693 : si jus non existat, venditio irrita est; idque verum est, etiamsi exstet et tradatur titulus juris, si fuerit quomodocumque exstinctum, v. g., per præscriptionem, compensationem, etc. Imò etiamsi venditio facta fuerit cum clausula de non assecuratione, nihilominus tenetur venditor de non existentia juris; art. 1693 : clausula illa censetur respicere tantùm *solvabilitatem* debitoris, et eximit solummodo a compensatione damnorum, prout diximus ubi *de Evictione* (n° 404); sed non eximit a restitutione pretii, id est, summæ ab emptore persolutæ. Si tamen conventio expressè ferat nullo modo assecurari creditum, censetur contractus aleatorius seu juris litigiosi, et venditor non tenetur ad assecurationem. Assecuratio *facti* ea dicitur quæ non oritur nisi ex conventione contrahentium. Eo ordine repouitur ea quæ respicit solvabilitatem debitoris: venditor ad eam non tenetur, nisi aliter conventum fuerit; art. 1694 : et quidem hæc conventio respicit tantùm solvabilitatem actualem, nisi expressè stipulatum fuerit de solvabilitate futura; art. 1695. Cæterùm assecuratio facti plùs minùsve extenditur secundùm naturam conventionis initæ.

III. *Quoad pretium.* Servanda sunt principia generalia suprà exposita. Occurrit hic specialis quæstio, *Utrùm liceat chirographa infra valorem eorum numericum emere?* De hac opportuniùs dicemus ubi *de Usura.*

423. II° *Regulæ speciales venditioni hæreditatis.* Agitur de hæreditate jam aperta : et quidem de ipsa hæreditate, seu de jure hæredis, non verò de venditione objectorum designatorum quæ complectitur hæreditas. Regulæ spectant ad obligationes sive venditoris, sive emptoris.

I. *De obligationibus venditoris.* 1° Quoad *assecurationem.* Qui vendit hæreditatem, non designatis singulis rebus in ea comprehensis, nihil aliud præstare tenetur nisi se esse verè hæredem; art. 1696 : spondet ergo hæreditatem esse apertam, et sibi delatam. Tenetur tamen de factis propriis, juxta art. 1628 : sed ultrà non extenditur assecuratio juris. Verùm potest per conventionem specialem extendi. Quando autem locus est assecurationi, emptor jus habet, non solùm ad restitutionem pretii, sed etiam ad compensationem damnorum, juxta regulam art. 1630 jam expositam (n° 408). — 2° Quoad *traditionem.* Venditor tenetur tradere et cedere emptori quidquid ex hæreditate penès se habet, aut habuit, aut habere potest, item actiones rerum quas nondum habet, fructus quos perceperat, et pretium rerum quas ante venditionem distraxerat, nisi illud in venditione expressè reservaverit; art. 1697 : quando venditio fit purè et simpliciter, in-

cludit omnia jura hæredis, quamvis ipsum titulum hæredis transmittere non possit. Hinc si quædam jam vendiderit, vel consumpserit, debet pretium restituere : secùs, si perierint. Si verò quædam post venditionem hæreditati obveniant, generatim debentur emptori. Mota est controversia de indemnitate concessa emigrantibus : principia sancita per legem indemnitatis an. 1825 deducere videntur ad judicandum in venditione omnino absoluta hæreditatis includi jus ad illam indemnitatem, sicut ad omnia alia jura, ac proinde eam ad emptorem devolvi.

II. *De obligationibus emptoris.* Emptor tenetur, nisi adsit contraria stipulatio, venditori sumptus, si qui fortè facti sint in rebus hæreditariis, refundere, eumque indemnem facere, tum quoad debita et cætera hæreditatis onera quæ solvit, tum quoad ea quæ ipsi a defuncto debebantur; art. 1698 : facilè intelligitur ita statui debuisse quasi reciprocitatis jure. Quamvis autem sic teneatur emptor, hæres non ideo liberatur erga creditores aut legatarios hæreditatis, qui semper eum adire possunt, cùm venditio non potuerit eos jure suo spoliare, utpote *res inter alios acta*. Ipse verò recursum habet adversùs emptorem, non quasi erga se directè obligatum, sed utendo jure hæredis, debitoris sui, juxta art. 1166.

424. III° *Regulæ speciales venditioni jurium litigiosorum.* Jus dicitur litigiosum, quando lis mota est super ipso jure, *dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit*; art. 1700. Generatim permittitur cessio jurium litigiosorum ; solummodo quibusdam prohibetur eorum emptio (n° 370). In ea cessione non tam venditur creditum, quàm dubius litis eventus : unde quamvis huic applicentur regulæ generales de cessione jurium incorporeorum, satis patet venditorem non teneri ad assecurationem, cùm sit conventio prorsus aleatoria. Sed ad cohibendam eorum cupiditatem qui alienas lites exiguo pretio redimere solent, statuit art. 1699 eum contra quem cessum fuit jus litigiosum validè liberari si cessionario restituat quod iste solvit cedenti, cum sumptibus cessionis gratiâ factis et auctario pretii a dictæ cessionis die. Per hanc dispositionem, seu per hunc *retractum* ex parte debitoris, lis præcavetur, et consulitur omnium juribus. Afferuntur tamen quædam exceptiones, seu adsunt aliqui casus in quibus locus non est præfato retractui ; quia nempe in iis constat emptorem motum non fuisse cupiditate, aut spiritu vexationis erga debitorem, sicque cessat motivum legis. Tres casus indicat art. 1701, et quosdam adduut auctores : v. g., si cessio facta est titulo donationis, quia lex non agit nisi de venditione ; si jus litigiosum non fuerit objectum directum cessionis, sed illius accessorium, quia tunc non applicatur motivum legis.

§ 3. *De auctione publica*, gallicè *vente aux enchères*.

425. Eo nomine designatur venditio in qua res vendenda per præconem proclamatur, uniuscujusque licitatio admittitur, et ultimæ licitationi res addicitur. Vocatur *auctio*, quia posterior adauget pretium prioris.

Agnoscunt communiter auctores rem posse licitè pluris vendi aut minoris emi quàm secundùm se valet, aut quàm venderetur vel emeretur alibi. Ratio est, quia tunc pretium non petitur ab opinione vulgi, sed constituitur per ipsos licitantes; idque pro justo habet auctoritas publica, et ut tale apprehendit communis sensus hominum, eà præsertim causâ quòd vendens et emens æquali periculo lucri et damni se committentes, liberè consentiant in pretium quod per licitationes constituetur: est contractus aleatorius.

Sed ut pretii eo modo constituti justitia salvetur, debet abesse omnis fraus; ideoque variæ requiruntur *conditiones*, tum ex parte venditoris, tum ex parte emptorum, tum ex parte officialium seu præconum.

1° Ex parte *venditoris*, læditur justitia, 1. si post prænuntiatam venditionem per affixionem schedularum aut catalogum rerum venalium, exponat unam rempro altera, defectuosam pro integra : decipit enim licitatores. — 2. Si per se vel per fictos emptores licitet, ut pretium augeatur : tunc enim soli emptores incurrunt periculum cariùs emendi, ac proinde tollitur æqualitas cui innititur justitia talis venditionis. Ita communiter docent auctores, teste S. Liguori. — 3. Si venditor rem retrahat quia videt non offerri nisi pretium longè inferius pretio ordinario, videtur, attentâ hujus venditionis naturâ, injustitiam committi. Etenim, ut bene exponit Billuart, emptores publicè convocati ad auctionem, acquirunt quoddam jus ad rem venalem, quatenus fit stipulatio tacita ut cedat plus offerenti ; jus illud quodammodo augetur quando incœpta est licitatio; ergo ipsis injuria infertur, si res retrahatur. Et verò emptor pretium semel oblatum revocare non potest : ita communiter apprehenditur, quia alioquin emptores facilè sibi invicem nocerent, augendo pretium absque intentione emendi : ergo postulat æqualitas inter contrahentes ut venditor non possit rem suam retrahere. Attamen, pergit idem auctor, attento usu universali contrario, quid sit resolvendum vix scio. Dicendum videtur standum esse ordinationi auctoritatis publicæ, et consuetudini universaliter receptæ, modò de ea constet. Nam ex una parte, mirum non

est, nec injustum, quòd auctoritas faveat venditoribus, qui ordinariè ad hunc vendendi modum non recurrunt nisi necessitate compulsi; ex âltera parte, semel positâ consuetudine, injuria non fit emptoribus, qui parati ipsimet datâ occasione idem facere, cedunt jure suo in quantum opus est. Sed quid de praxi etiam satis universali, quòd possit venditor per se vel fictos emptores licitare? Quòd ipse licitare possit, sponte sequi videtur ex eo quòd rem retrahere possit : sed quòd fictos emptores adhibeat, videtur nimis fraudulentum ut excusari possit, cùm id tendat ad decipiendum emptores sinceros, et sic iis injuriam inferat.

426. — 2° *Ex parte emptorum*. 1. Si unus, aut quidam alios impediant a licitando, adhibitâ vi, fraude, aut aliis viis injustis, dubium non est quin injustitiam committant : venditor enim jus habet ut cuilibet relinquatur libertas licitandi. Porrò existimamus cum Vernier, in eo casu versari eos qui pecuniæ summam dant aut promittunt cæteris ut a licitando abstineant, ut sæpe evenit. Tunc qui summam recepit videtur probabiliùs teneri eam reddere venditori, quippe quæ videatur pars pretii, quod eâdem proportione imminui debuit; aut certè aliis emptoribus, si solùm simulavit se velle licitare. Illi insuper qui sic pacti sunt videntur teneri restituere venditori secundùm spem prudenter æstimatam quòd, seclusâ fraude, pluris vendidisset; demptis tamen summis restitutis ab iis qui a licitando ob eas abstinuerunt, si fortè restituerint, quod plerumque saltem valde dubium est.

2. Si emptores nullam vim aut fraudem adhibeant, et utantur tantùm precibus et quidem non nimiùm importunis, satis communiter dicunt auctores non violari justitiam; quibus tamen quidam contradicunt, quia venditor jus habet ad pretium quod determinabitur ex concursu licitantium qualis naturaliter fiet. Si verò inter se paciscantur de non licitando vel non ultra quoddam pretium determinatum et infimum, multò plures dicunt violari justitiam, quia per hujusmodi pactum tollitur libertas licitationis, sicque læditur jus vendentis; præsertim si agatur de venditione in qua non possit venditor rem suam retrahere.

Ita S. Liguori, qui judicat aliud esse simpliciter rogare, aliud pacisci; D. Bouvier. — Quamvis difficillimum sit aliquid certi statuere, libenter proficisceremur ex isto principio ejusdem Vernier : « Qui vendit sub hasta, videtur » jus strictum habere, ut, etiam absque vi aut fraude, non » invertatur nec turbetur in suî detrimentum ordo fori » hujus extraordinarii. Quoties ergo id fit, ipso rationa- » biliter invito, violatur jus ipsius strictum, modo ad » omnia damna reparanda obligationem inducente. »

3° *Ex parte officialium* seu præconum, læditur justitia, si auctionem instituant eo tempore quo sciunt paucos futuros esse emptores, ut nempe amicis faveant; si citiùs aut tardiùs rem adjudicent quàm fieri solet et convenit; vel alia hujusmodi media adhibeant, quibus vel venditori damnum inferatur, vel uni e licitantibus in aliorum detrimentum favor præstetur.

§ 4. *De venditione aut emptione per proxenetas.*

427. Proxeneta, gallicè *courtier*, *commissionnaire*, *entremetteur*, ille dicitur cui aliquid pro altero vendendum aut emendum committitur. Duo præsertim hic expendenda occurrunt : quædam alia occurrent ubi *de Mandato*.

I. *Utrùm proxeneta qui rem vendit supra, aut emit infra pretium sibi designatum, possit excessum aut residuum sibi retinere?* — Docent communiter theologi, inquit Billuart, regulariter id non posse. Nam vel egit ut amicus, et tunc renuntiavit mercedi; vel ut famulus, et is tenetur operam suam præstare ratione stipendii annui; vel tanquam speciali salario conductus, et debet esse eo salario contentus. Neque titulum ei confert determinatio facta a mandante : is enim voluit limitem pretii assignare, non verò mandatarium eximere a cura rem ipsius meliori modo gerendi, si posset. Ita etiam jurisperiti.

Dicitur *Regulariter*, quia assignantur nonnulli casus in quibus proxeneta potest partem pretii sibi retinere. 1. Si adhibuerit diligentiam extraordinariam, qualis non debetur mandanti. Sed observant auctores ipsum non habere jus ad totum augmentum, sed solùm ad pretium sui laboris, quia

cùm nomine alterius egerit, res domino fructificavit. 2. Si dominus expressè vel implicitè concesserit. Sed cautè procedendum est. 3. Si rem sibi emerit pretio per dominum determinato, et postea majori vendiderit; sed duabus positis conditionibus : prima, ut, adhibitâ morali diligentiâ qualem exigere censetur dominus, non invenerit pretium majus; secunda, ut verè emat et non tantùm fictè, adeò ut subeat rei periculum, et si fortè eam tanti non vendat, reddat nihilominus domino pretium determinatum. Sed sæpe in praxi desunt hæ conditiones.

428. II. *Utrùm qui emunt pro aliis*, v. g., sartores qui emunt pannum ad conficiendam alicui vestem, architriclini aut famuli qui cibaria emunt pro dominis suis, etc., *possint aliquid a mercatoribus accipere*, vel ipsi *pretium majus quàm solverunt exigere*, quia imminutio fit intuitu ipsorum?

1° Si agatur de famulis, nihil retinere possunt : tum quia imminutio fit, non intuitu ipsorum, sed quia multùm emunt, ac proinde in gratiam domini; tum quia ratione officii sui, et stipendii quod accipiunt, tenentur rem domini quo meliori modo poterunt gerere. Faciliùs tamen excusari possunt, si munuscula quædam ab iis mercatoribus accipiant : item, si domini, ut evenire potest apud divites et magnates, id cognoscant et consentiant. Sed illud est semper valde periculosum.

2° Si agatur de proxeneta qui, eo quòd pro pluribus emat, viliori emit pretio, distinguendum videtur pro variis casibus. 1. Si pars pretii quam sibi tribuit proxeneta censeatur esse illius stipendium, potest sanè retinere. Sic bibliopolæ, et alii multi mercatores solent facere, nec illud ignorant qui ad eos recurrunt. 2. Si aliunde salarium ipsi detur, non potest retinere : eligitur enim cum sua industria et propter illam; neque duplici viâ debet obtinere mercedem sui laboris. 3. Si vel expressè, vel implicitè se offerat tanquam beneficium gratis præstiturus, nihil potest retinere; quia, postquam salario renuntiavit, mandantem deciperet, qui eum elegit cum sua industria.

Cæterùm monent auctores in præsenti materia satius

esse stringi habenas, quàm laxari; et multa semel facta tolerari posse, quæ nequaquam permitti possunt facienda.

CAPUT IV.

DE PERMUTATIONE.

429. Permutatio, gallicè *échange*, venditioni proxima est, huicque dedit originem, ut indicavimus (n° 381). Definiri potest : *Contractus quo duo contrahentes sibi dant vel potiùs se obligant ad sibi invicem dandum rem unam pro altera ;* art. 1702. Dicimus 1° *Se obligant ad dandum*, quia apud nos non requiritur, quemadmodum requirebatur in jure Romano, rei traditio, sed contractus solo consensu perficitur, eodem modo ac venditio; art. 1703. — 2° *Rem*, scilicet diversam a pecunia, quia si ex una parte daretur pecunia, jam foret venditio, ut antea exposuimus (n° 381). Si autem res una sit majoris valoris quàm altera, tunc inæqualitas compensatur per summam pecuniæ, quæ dicitur *Soulte, Retour :* et ibi agnoscenda erit venditio vel permutatio, prout pretium ab uno solvendum erit majoris vel minoris momenti quàm res ab ipso tradenda ; seu, ut fit quando agitur de tributo solvendo (*du droit d'Enregistrement*), reputabitur venditio quoad pretium ab uno debitum, permutatio verò quoad reliquum. — 3° Unam *Pro* altera, quia ad permutationem requiritur ut una detur intuitu alterius, et tanquam illius æquivalens : si enim duo amici sibi invicem rem aliquam dent, non habito respectu valoris utriusque, est mutua donatio, non permutatio.

Ex art. 1707, omnes regulæ venditionis applicari debent permutationi, nisi aliud per legem statuatur. Valent ergo quoad permutationem ea quæ antea exposuimus quoad traditionem rei, quoad assecurationem sive contra evictionem, sive contra vitia redhibitoria, etc. Irrita est *rei alienæ* permutatio, sicut et venditio : unde qui eam accepit, non tenetur eam quam ipse promiserat tradere, sed tantùm rem acceptam restituere : art. 1705 : si autem ex ea evincatur, potest pro arbitrio vel postulare compensationem damnorum, vel rem suam repetere; art. 1705 ; et quidem, si hæc sit res immobilis, probabiliùs poterit repetere, etiamsi in manus tertii transierit.

Differt tamen permutatio a venditione ex parte pretii, quod venditioni essentiale est, deest autem in permutatione. Exinde oriuntur omnes rationes discriminis quæ afferri possunt. Quando igitur determinandum est utrùm applicari debeat principium generale articuli 1707, an verò afferri exceptio, videndum an regula de qua transferenda ex venditione ad permutationem agitur supponat existentiam pretii, necne. — Unum est de quo speciatim statuit art. 1706, nempe de rescissione ex causa læsionis. Olim in permutatione sicut in venditione admittebatur, quamvis nec ab omnibus, nec sinè quibusdam modificationibus. Hodie verò ex prædicto articulo locum non habet. Revera

quemadmodum ex art. 1683 non permittitur in gratiam emptoris, ut vidimus (n° 384), ita nec permitti debuit in permutatione. Ideo enim admittitur in gratiam venditoris, quia sæpe ex necessitate compellitur ad vendendum : hæc autem ratio, sicut non verificatur quoad emptorem, ita nec in permutatione, quæ fit, non ex necessitate, sed plerumque, ut dicitur, *par des motifs de convenance réciproque*.

Observant tamen jurisperiti aliud dicendum fore, si fraudulenter venditio sub permutationis specie obtegeretur ; si nempe res accepta tam modici valoris esset in ordine ad contractum, ut manifestum evaderet simulatam tantùm fuisse permutationem ad impediendam rescissionem causâ læsionis. Pariter si ex una parte adfuerit dolus aut vis, potest profectò altera pars contractûs rescissionem petere. Imò in foro interno, cùm in permutatione sicut in venditione requiratur æqualitas, si læsa fuerit, resarcienda est, ut diximus *de Venditione* (n° 387).

CAPUT V.

DE LOCATIONE-CONDUCTIONE.

430. Quemadmodum permutatio, ita et contractus locationis venditioni proximus est, ut dicitur in jure ; in eo tamen præsertim differt, quòd in venditione dominium transferatur, in locatione duntaxat usus rei concedatur ; ex quo et aliud oritur discrimen, quòd venditio titulus perpetuus esse soleat, locatio verò temporalis. Apud jurisperitos, et in Codice civili, duplex distinguitur locationis species, locatio rerum et operarum ; art. 1708 : et utriusque seorsim profertur definitio, art. 1709, 1710. Si velimus generalem definitionem habere, quæ utramque speciem complectatur, hæc præstò est : *Contractus de usu rei ad certum tempus, vel de opera pro certa mercede præstandis.* Dicitur *Pro certa mercede*, quia si merces nulla est definita, sed gratis res ad certum usum conceditur, non locatio est, sed commodatum ; si verò gratis opera præstetur, est species donationis, seu beneficium. Quamvis autem hæ duæ locationis species ad unum genus referantur, non possunt omnino inter se æquiparari : cùm enim altera pro objecto habeat res externas, altera verò laborem et industriam seu aliquid personale, facilè concipitur exinde haud exiguum oriri discrimen ; sic in uno casu contrahitur *obligatio dandi*, in altero *obligatio faciendi*, quæ in pluribus differunt (n^is 159, 164).

Quemadmodum venditio et emptio sunt unus et idem contractus, ita et ille de quo agimus, qui ex parte locatoris dicitur *Locatio*, ex parte autem locatarii seu conductoris dicitur *Conductio*. Locator, gallicè dicitur *le Bailleur*, locatarius verò *le Preneur*. Sed quando agitur de locatione operarum, non ita patet quis dicendus locator, quis locatarius seu conductor. Non consentiebant ea de re jurisperiti: hodie dicendum videtur locatorem esse eum qui præbet operam, quemadmodum eum qui rem præbet; conductorem verò eum qui fructum percipit ex opera, et pretium solvit, quemadmodum eum qui re fruitur; ita deduci potest ex art. 1710.

Duæ illæ locationis species in plures alias subdividuntur : præcipuas indicat art. 1711 : locationem ædium et bonorum mobilium, quæ dicitur *Bail à loyer;* locationem bonorum ruralium, *Bail à ferme;* locationem animalium, *Bail à cheptel;* locationem operarum vel industriæ, quæ juxta diversos modos dicitur *Loyer, Devis, Marché, Prix fait;* art. 1711. Imò singulæ illæ species possunt denuo subdividi pro variis modificationibus quæ afferri possunt. Codicem civilem secuti, loquemur seorsim de regulis quæ spectant ad locationem rerum, ad locationem operarum, et ad locationem animalium.

ART. 1. *De locatione rerum.*

431. Locatio rerum definitur : *Contractus quo unus se obligat ad alteri præstandum rei alicujus fruitionem per aliquod tempus pro certo pretio*; art. 1709.

Dicitur 1° *Se obligat ad alteri præstandum rei alicujus fruitionem*, ut indicetur quodnam sit præcisè objectum locationis ; et quatenus differat ab usufructu qui refertur etiam ad fruitionem. In usufructu transfertur jus ad usum seu fruitionem ; unde unico instanti constituitur, et eo constituto jam pericula quæ obstare possunt fruitioni recidunt in usufructuarium : at locationis objectum est ipse usus rei successivus, quasi pro quolibet die ; unde fructus civiles, inter quos recensetur pretium locationis, censentur acquiri quolibet die, ex art. 586 ; et locator persona-

liter se obligat ad præstandum hunc usum. Vid. quæ diximus in Tr. *de Justitia* (nº 29). — 2º *Per aliquod tempus*, quia locatio fieri nequit in perpetuum. Si quis ergo vellet locare in perpetuum pro quodam pretio annuo, hæc conventio haberetur ut venditio facta pro censu, et ille census esset redimibilis, juxta art. 530 Codicis civilis. Hinc non subsistit quæ olim admittebatur *emphyteusis* perpetua : sed juxta plerosque jurisperitos potest institui, modò non extendatur ultra 99 annos. Potest etiam institui locatio per totam vitam duratura, *Bail à vie :* imò non solùm ad vitam conductoris, sed etiam plurium successivè personarum, modò tres tantùm adsint, juxta legem 18-29 aug. 1790. — 3º *Pro certo pretio*, alioquin esset commodatum, gallicè *prêt à usage*. Pretium illud, quando agitur de locatione bonorum ruralium, gallicè vocatur *Canon*. Huic aptari possunt plura ex iis quæ diximus de pretio in venditione : non tamen sinè aliquo discrimine. Sic docent multi jurisperiti pretium locationis posse constitui in certis præstationibus in natura, v. g., in parte fructuum (quod fatentur omnes ubi agitur de bonis ruralibus), vel in aliis mercibus, etc. Pretium debet esse *serium*, ut in venditione (nº 381) : si tamen sit longè inferius valore usûs, non ideo datur locus rescissioni læsionis causâ : hæc nunquam admissa fuit in locatione. Sed si adfuerit dolus aut vis, rescindi poterit sicut alii contractus : si adsit inæqualitas, erit in foro interno obligatio eam compensandi.

432. His præmissis, exponemus breviter regulas generales circa locationem rerum ; deinde regulas quæ respiciunt quasdam tantùm locationum species.

Iº Regulæ generales *circa locationem rerum*. — Ad sex capita referri possunt.

I. *De rebus quæ locari possunt*. Ex art. 1713, possunt locari omnia bona mobilia aut immobilia. Agnoscunt tamen jurisperiti quædam esse quæ vendi possunt, non verò locari, v. g., res fungibiles, seu quæ primo usu consumuntur ; cùm enim non possit quis uti iis rebus quin eas destruat, non potest eas domino reddere juxta regulam invariabilem locationis. Excipiunt casum quo locarentur

ad ostentationem. Quædam sunt etiam quæ nec vendi, nec locari possunt : v. g., jus usûs, art. 631 ; jus habitationis, art. 636 ; quæ ideo differunt ab usufructu, qui locari potest ; art. 595.

Dubium moveri potest, sicut in venditione, de *re aliena*. Olim res aliena, quemadmodum vendi ita et locari poterat. Dicunt plures jurisperiti idem hodie admittendum esse, quia Codex civilis nihil statuit in contrarium, et quia idem supponunt art. 1725, 1726, 1727.

433. II. *De iis inter quos iniri potest contractus locationis*. Generatim quicumque capaces sunt contrahendi, possunt inire contractum locationis. Sunt tamen certæ quædam personæ, quibus contractus ille non permittitur nisi cum quibusdam restrictionibus.

1° Tutor non potest sibi conducere bona sui pupilli, nisi accedat consensus concilii familiæ ; art. 450.

2° Cùm locatio ultra terminum novem annorum habeatur ut quædam alienatio, aut saltem plus quàm ordinaria administratio, non permittitur minori emancipato, art. 184; usufructuario, art. 595 ; marito quoad bona uxoris, art. 1429 ; uxori separatæ, art. 1449 ; tutoribus minorum vel interdictorum, art. 509 et 1718.

434. III. *De forma locationis, et illius probatione*. Agnoscunt jurisperiti locationem solo consensu perfici, et nullam specialem formam in ea exigi. Potest igitur fieri, non solùm per scripturam privatam, sed meris verbis : ita art. 1714, qui, licèt positus sub titulo *de Locatione ædium et bonorum ruralium*, applicatur cuicumque locationi.

Quoad probationem autem, apponitur exceptio regulæ generali per art. 1341 sancitæ. Si nondum locatio exsecutioni mandata fuerit, probari nequit per testes, quantulumcumque sit pretium ; potest solummodo deferri juramentum ei qui locationem negat ; art. 1715 ; si autem post inceptam locationis exsecutionem, dissensio oriatur circa pretium, potest conductor vel stare juramento locatoris, vel exigere ut æstimatio per viros expertos fiat ; art. 1716. Ratio cur non admittetur probatio per testes, fuit ut præcaverentur lites quæ sæpe exoriri possent, cùm multæ sint locationes infra pretium 150 fr.

435. IV. *De obligationibus locatoris*. Ad tres præcipuas referri possunt. — 1° Tenetur *rem tradere* conductori. Hæc obligatio est non tantùm de natura, ut dicit art. 1719, sed de essentia contractûs, qui sinè ea concipi nequit : sed quatenus traditio requirit rem in bono statu (art. 1720), etc., est tantùm de natura, et possunt ei derogare contrahentes.

2° Tenetur locator *conductori præstare liberum rei usum* toto conductionis tempore. Hæc obligatio plura in-

cludit. 1. Debet rem tradere bene refectam, et curare ut servetur in statu quo inservire possit ad usum ad quem locatur; art. 1719, 1720. 2. Debet perficere reparationes necessarias, diversas ab iis quæ vocantur *locatives;* art. 1720. Quænam istæ sint determinat art. 1754 quoad locationem ædium. Sed observandum est hanc obligationem imponi in gratiam conductoris, qui proinde potest his reparationibus renuntiare, imò eas impedire, si majus incommodum ex iis timeat quam lucrum speret; nisi tamen talis sint naturæ, ut incommodo exinde conductori subeundo prævalere debeat bonum locatoris; tunc enim eas pati tenetur conductor. Ut autem id locum habeat, tres requiruntur conditiones, ex art. 1724: prima, ut reparationes non possint differri usque ad finem locationis; secunda, ut illæ reparationes non protrahantur ultra spatium quadraginta dierum; alioquin imminuendum erit pretium locationis, proportione habitâ temporis et jacturæ, quam patitur conductor; tertia, ut per illas reparationes impossibilis non reddatur habitatio conductori et ejus familiæ necessaria: alioquin poterit postulare rescissionem contractûs; et quidem etiamsi in eo casu non protrahantur reparationes ultra 40 dies, prout intelligunt jurisperiti. 3. Non potest locator mutare formam rei locatæ; art. 1723. Generatim non potest quidquam perficere unde turbetur fruitio conductoris.

3° Tenetur locator *rem assecurare;* art. 1719; id est, debet conductorem tueri a perturbatione quam experiri potest in usu rei. Ad tria spectare potest illa assecuratio. — 1. De *vitiis rei.* Si vitia impediant rei usum, locator de iis tenetur erga conductorem, etiamsi ea ignoraverit tempore locationis. Si ex iis oriatur conductori aliquod damnum, debet eum indemnem facere; art. 1721: modò tamen, inquiunt plerique jurisperiti post omnes veteres, vitia cognoverit.—2. De *interitu rei.* Si res destruatur casu fortuito, locatio pleno jure dissolvitur; si solùm quoad partem, potest conductor, pro variis circumstantiis, postulare vel imminutionem pretii, vel rescissionem contractûs: in utroque casu, locus non est ulli damnorum com-

pensationi; art. 1722.—3. De *perturbatione a tertio illata*. Duplex distinguitur casus : vel ille tertius jus aliquod prætendit in rem locatam, et tunc dicitur perturbatio juris, *trouble de droit;* vel nullum jus prætendit, et est perturbatio facti, *trouble de fait*. Quoad perturbationem *facti*, de illa non tenetur locator, et nonnisi adversùs perturbatorem recursum habet conductor; art. 1725. Quoad perturbationem *juris*, si conductor coram judice impugnetur, cùm neque dominium habeat, neque proprio nomine possideat, potest vel litem effugere, si velit, nominando locatorem; vel, si in lite stare velit, locatorem advocare; art. 1727. Si verò tertius actionem judiciariam non intentaverit, sed conductorem per factum suum conturbans jus aliquod prætendat, iste debet denuntiare locatori perturbationem et impedimentum, ut ab eo assecuretur : et si id non obtineat, locator tenetur ipsi remittere partem pretii proportionatam perturbationi, ac proinde, in casu evictionis totalis, pretium integrum pro toto tempore quo adhuc durare debuisset locatio ; art. 1726 : insuper damna compensare quæ ex perturbatione, vel evictione patitur conductor.

436. V. *De obligationibus conductoris*. Illæ obligationes ad duo præcipua capita referuntur, quæ indicat art. 1728, nempe ad modum quo uti debet conductor re locatâ, et ad solutionem pretii.

1° *De modo quo debet conductor re locatâ uti*. Ex art. 1728, uti debet tanquam bonus paterfamiliâs, et secundùm rei destinationem. Jam diximus (n° 170 et seq.) quid intelligendum sit per curam boni patrisfamiliâs : per destinationem autem ea intelligitur quæ rei data fuit in contractu locationis vel quæ ex circumstantiis est præsumenda. Hinc plura consectaria. — 1. Si conductor re utatur contra suam destinationem, vel si non eam avertendo a sua destinatione non afferat tamen curam boni patrisfamiliâs, adeò ut exinde damnum inferri possit locatori, potest iste pro circumstantiis contractum rescindere; art. 1729.— 2. Potest conductor rem sublocare, vel etiam locationem alteri transmittere, nisi in conven-

tione ea facultas ipsi interdicta fuerit partim, vel in totum; art. 1717 : cùm sublocatarius subjiciatur eidem obligationi ac prior locatarius, res in tuto est posita. Excipitur tamen colonus partiarius; art. 1763 : quia nempe fructus cum domino dividens quodam societatis jure, alium domino socium obtrudere nequit. Quando res fuit sublocata, dominus recursum habet adversùs secundum conductorem, sed solummodo quoad pretium quod iste debere potest priori conductori : ita art. 1753. — 3. Conductor tenetur rem reddere in bono statu, seu in statu in quo eam recepit. Scilicèt si per aliquod scriptum constet de statu rei quando locata fuit, reddi debet in eodem statu, exceptâ mutatione ortâ ex vetustate aut vi majore; art. 1730 : si verò desit scriptum, res præsumitur fuisse in bono statu reparationis locativæ, et talis reddi debet, nisi contrarium probetur; art. 1731. Hinc 1° conductor tenetur de detrimentis et deteriorationibus quæ rei acciderunt durante locatione, nisi probet ea accidisse sinè ipsius culpa; art. 1732. Præsumptio igitur est contra conductorem. Hinc 2° conductor tenetur de incendio, nisi probet illud accidisse casu fortuito, vi majori, vitio constructionis, vel ortum habuisse e domo vicina; art. 1733 : locatarius, inquit TROPLONG, est debitor, qui debet rem reddere in bono statu; ergo ut liberetur a sua obligatione, ipsi probandum incumbit impossibilitatem in qua versatur non oriri ex sua culpa. Hinc 3° conductor tenetur de damnis quæ oriuntur ex facto eorum qui ex ejus domo sunt, aut quibus ipse locavit : art. 1735.

2° *De solutione pretii.* Hæc est secunda obligatio conductoris. Ut salvum consistat jus locatoris, ipsi tribuitur privilegium in quædam mobilia; art. 2102 : imò potest in quibusdam casibus uti coactione (*contrainte par corps*), modò id conventum fuerit; art. 2062 : potest etiam rescindere contractum, si conductor non solvat; quanta autem ad hoc requiratur mora, prudentiæ judicis determinandum relinquitur.

Præter solutionem pretii principalis, ad aliquid tenetur locatarius quoad tributa. Scilicet ex legibus nostris, tributum quod dicitur *Con-*

tribution foncière solvi debet a locatore, tributum verò *des portes et fenêtres* a locatario : sed tamen fisco tribuitur actio contra eum in quem ultimatè non debet tributum recidere, qui deinde recursum suum habet adversùs alterum. Possunt contrahentes alias inter se inire conventiones : sed suum semper fisco servatur privilegium.

437. VI. *De locationis duratione et cessatione.* — 1° Si locationis terminus in conventione determinatus non fuerit, potest alteruter e contrahentibus pro arbitrio suo resilire, modò alterum præmoneat (*donne congé*) tempore juxta locorum consuetudinem sufficienti ; art. 1736. — 2° Si terminus assignatus fuerit, contractus eo elapso resolvitur pleno jure, absque ulla partium declaratione ; art. 1737. Sed cavendum est ne termino æquiparetur facultas aliquando concessa resiliendi a coutractu : v. g., sæpe conductio fit pro 3, 6 aut 9 annis ; talis conductio est verè 9 annorum, et antea pleno jure non cessat. Si tamen elapso termino conductor re locatâ uti tranquillè pergat, tunc ex art. 1738 novus exoritur contractus, qui subjacet regulis locationis non scriptæ, id est, locationis de qua statuit art. 1736. Illud est quod vocatur in jure *Tacita reconductio* : scilicet præsumitur hanc esse voluntatem contrahentium, ut contractus de novo ineatur ; unde locum non habet, si intentio contraria manifestata fuerit ; art. 1739. Quando verò locum habet, advertendum est esse novum contractum, non verò prioris continuationem : unde sponsor prioris contractûs non tenetur de obligationibus reconductionis ; art. 1740. — 3° Locatio cessat per interitum rei ; art. 1741. Vid. suprà (n° 435) — 4° Cessat etiam per inexsecutionem conventionum, sive ex parte locatoris, sive conductoris ; art. 1741. — 5° Locatio non resolvitur per mortem locatoris aut conductoris ; art. 1742 ; censentur stipulari pro se suisque hæredibus, nisi contrarium exprimant. — 6° Si locator vendat rem locatam, non ideo expelli potest locatarius, si agatur de locatione authentica vel cujus epocha certa sit, nisi in locatione reservata fuerit ea facultas ; art. 1743. Quando autem reservata est ea facultas, ut emptor possit eâ uti triplicem conditionem seu clausulam statuit lex. 1. Emptor tenetur, ex art. 1748, conductorem antea monere, et ipsi relinquere spatium temporis sufficiens. 2. Locator, et in ejus defectum emptor, tenetur conductorem indemnem præstare, nec iste potest antea expelli ; art. 1744, 1749. Hæc autem indemnitas determinatur art. 1745, 1746, 1747, secundum naturam rei locatæ. 3. Si venditio facta fuerit cum pacto redimendi, emptor non potest conductorem expellere, nisi postquam, elapso termino ad redimendum concesso, factus est possessor incommutabilis ; art. 1751 : si res ad venditorem rediret, iste teneretur stare locationi.

438. II° *De regulis quæ respiciunt* QUASDAM *tantùm* LOCATIONUM SPECIES. — In Codice civili assignantur regulæ quoad locationem ædium, et bonorum ruralium. Sunt quædam bona immobilia, quæ neque inter ædes, neque inter prædia ruralia recenseri posse videntur. Ea fuit

mens legislatoris, ut inter bona ruralia recenserentur ea quæ producunt fructus naturales aut industriales; ædibus autem æquipararentur quæ producunt tantùm fructus civiles. Aliquando, imò et satis frequenter, bonum immobile locatum complectitur simul ædes, et prædia. In eo casu, distinguendum est inter varias regulas. Quædam possunt non uniformiter applicari integro bono; v. g., quæ respiciunt reparationes : ædibus applicabuntur regulæ ædium; prædiis regulæ prædiorum, etc. Sed in quibusdam aliis non potest institui hujusmodi divisio, v. g., in iis quæ spectant ad durationem locationis, ad hujus resolutionem, etc. : videndum erit tunc quænam pars sit præcipua, seu a contrahentibus præsertim intenta; quo perspecto, applicabuntur regulæ huic speciei propriæ.

Cæterùm regulæ traditæ pro peculiaribus locationum speciebus vix aliud sunt quàm applicatio aut extensio regularum generalium.

439. I. *De locotione ædium*.— 1° Quoad *obligationes locatoris*, statuit art. 1761 eum non posse conductorem expellere, ut ipse in ædibus habitet : potest tamen sibi reservare hanc facultatem, et tunc tenetur locatarium antea monere tempore sufficienti juxta consuetudinem locorum ; art. 1762.

2° Quoad *obligationes locatarii*, 1. si non instruat domum locatam supellectili sufficienti, potest expelli, nisi alio modo assecurationem præbeat; art. 1752. Mens legislatoris fuit ut inane non efficeretur privilegium quod locatori conceditur art. 2102. Hinc ut satisfiat præsenti dispositioni, requiritur ut domus instruatur iis rebus quæ cadunt sub privilegio articuli 2102. — 2. Locatarius tenetur ad *reporotiones* quæ dicuntur *locatives;* illæ autem determinantur vel ex usu locorum, vel ex dispositione legis ; art. 1754. Ideo locatario incumbit onus harum reparationum, quia præsumitur earum necessitatem oriri ex ejus culpa, vel eorum qui ipsi subjiciuntur : unde quando necessitas oritur ex vetustate, vel ex vi majori, præstandæ sunt a locatore ; art. 1755 : pariter si necessitas oriatur ex vitio rei seu constructionis, recidere debent in locatorem. Quando verò plures adsunt locatarii, reparationes locorum vel rerum quæ omnibus inserviunt, videntur præstandæ a locatore, nisi aliud conventum fuerit.

3° Quoad *durotionem locotionis*, 1. hæc statuit art. 1758 : « Le » bail d'un appartement meublé, est censé fait à l'année, quand il a été » fait à tant par an ; au mois, quand il a été fait à tant par mois ; au » jour, s'il a été fait à tant par jour. Si rien ne constate que le bail a été » fait à tant par an, par mois ou par jour, la location est censée faite » suivant l'usage des lieux. » — 2. Si post elapsum terminum locatarius

frui tranquillè pergat, adest tacita reconductio, seu nova fieri censetur locatio usque ad terminum per consuetudinem determinatum, nec potest expelli locatarius nisi antea præmonitus, et quidem tempore per eamdem consuetudinem determinato ; art. 1759. — 3. Taudem si per culpam locatarii locus detur resolutioni contractûs, tenetur pretium locationis solvere per tempus ad novam locationem necessarium, et insuper damna compensare ; art. 1760.

440. II. *De locatione agrorum.* — 1° Quoad *obligationes locatoris*, id unum statuitur : scilicet tenetur tradere mensuram in contractu enuntiatam ; si tamen hæc major sit vel minor, non adest locus augendi vel minuendi pretium, nisi in casibus et secundùm regulas traditas ubi *de Venditione;* art. 1765. Fundatur iste articulus in analogia quæ existit inter venditionem et locationem.

2° Quoad *obligationes conductoris*, hic duplex distinguitur conductor. — 1. Si agatur de colono, ut dicitur, *partiario*, seu *medietario*, gallicè *métayer*, id est, de illo qui fructus cum locatore partiri debet, non potest ipse sublocare vel alteri transmittere locationem, nisi ea facultas ei expressè concessa fuerit ; art. 1763 : si hanc prohibitionem infringat, potest locator obtinere locationis resolutionem, et compensationem damnorum ; art. 1764. Hujusmodi locatio censetur facta intuitu personæ : imò juxta plerosque auctores est potiùs societas quàm locatio strictè dicta. Attamen pleræque ex regulis locatario ordinario impositis applicantur isti colono : sed excipiendæ sunt quæ statuuntur art. 1769 et seq., ut satìs indicat art. 1771. — 2. Si agatur de *conductore ordinario* qui dicitur simpliciter *Fermier*, ad duo capita referuntur hujus obligationes. Quoad *modum quo re locatâ uti debet*, plura ei præscribuntur quæ sunt consectaria art. 1728, de quo suprà (n° 436) : Vid. art. 1766-68, 1777, 1778. Quoad *solutionem pretii*, præter principia generalia, duo hìc speciatim statuuntur. 1° Ex art. 1767, conductor tenetur omnes fructus in horrea ad hoc destinata colligere ; ut nempe locator in his habeat pignus in securitatem solvendi pretii. 2° Quando ex casu fortuito conductor amittit certam partem fructuum, potest obtinere imminutionem pretii : quod quidam referunt ad meram æquitatem, alii verò deducunt ex eo quòd fructus nondum percepti censeantur, utpote pars fundi, esse sub dominio locatoris, ac proinde ipsi perire. Quidquid sit, quatenus et quomodo locum habeat hæc imminutio determinatur art. 1769-73.

3° Quoad *durationem locationis*, 1. locatio facta sinè scripto, seu absque assignatione termini, censetur facta pro tempore ad colligendos fructus necessario : hinc locatio prati, vineæ, etc., pro uno tantùm anno facta censetur ; locatio verò agrorum qui dividuntur, ut dicitur, *par soles ou par saisons*, id est, quorum nonnisi pars quolibet anno excolitur, censetur facta pro tempore necessario ut singularum partium fructus colligantur ; art. 1774 : meritò præsumitur hanc esse contrahentium intentionem. 2. Locatio non scripta cessat pleno jure, elapso termino in articulo præcedenti assignato ; art. 1775. Non requiritur prævia monitio ; unde hic non applicatur art. 1736, quanquam positus sub titulo locationi prædiorum communi. 3. Si termino elapso

conductor pacificè possidere pergat, est nova locatio, cujus tempus determinatur ex art. 1774.

441. III. *De locatione mobilium.* — Unica exstat dispositio de ea locatione, nempe art. 1757 : juxta quem, mobilia locata ad instruendam domum vel partem domûs censentur locata ad tempus ordinarium quo durat locatio domûs, etc.

442. IV. *De locatione bonorum nationalium, communium*, etc. Locatio bonorum nationalium, et eorum quæ pertinent ad municipia, ad instituta utilitatis publicæ, subjicitur regulis specialibus; art. 1712. Illæ regulæ spectant præsertim vel ad personas seu præpositos quibus incumbit cura ea bona locandi, aut locationi eorum invigilandi; vel ad formas in locatione adhibendas, v. g., schedularum affixionem, auctionem publicam, etc. ; vel ad onera locatariis imponenda, quæ indicantur in scripto quod dicitur *Cahier des charges;* vel demum ad locationis durationem aut renovationem.

Art. 2. *De locatione operarum.*

443. Locatio operarum definitur : *Contractus quo unus aliquid suscipit pro altero faciendum, pacto pretio ;* art. 1710. Locator, ut diximus (n° 430), est ille qui præbet operam. Vulgò dicitur differre a mandato ex parte pretii : mandatum est ordinariè gratuitum; si tale non sit, ut evenire posse indicat art. 1986, pecunia datur non ut pretium seu ad solvendum valorem laboris, sed ut honorarium seu ad honorandum mandatarium : unde locatio fit in operibus servilibus, mandatum autem in operis liberalibus, quæ æstimationem non recipiunt. Aliter explicat Duvergier, juxta quem verum discrimen in eo est quòd in locatione qui præbet operam agat proprio nomine, ex voluntate sua et capacitate personali ; mandatarius autem agat nomine mandantis, et actus illius vim habeant ex istius voluntate et capacitate. Quoad praxim, non videtur discedendum a sententia communi, juxta quam convenisse præsumuntur contrahentes.

Tres præcipuæ locationis operarum species distinguuntur ; art. 1779 : locatio operariorum et famulorum ; locatio vectorum qui se obligant ad res vel personas transferendas; locatio eorum qui aliquod opus exsequendum suscipiunt, gallicè *des entrepreneurs.*

I°. *De locatione* operariorum *et* famulorum. In Codice civili duo tantùm statuuntur. — 1° Nemo potest

operam suam obligare nisi ad quoddam tempus vel ad opus determinatum; art. 1780. Timuit legislator ne nimiùm derogaretur libertati naturali. Sed nil obstat quin herus se obliget ad servandum famulum per totam suam (heri) vitam. Quænam autem sit natura et vis nullitatis per art. 1780 inductæ, apud omnes non constat. Lex voluit consulere libertati famuli; potest ergo nullitas ab eo invocari : sed invocari nequit ab hero; hæc enim facultas potiùs noceret famulo quàm prodesset.

2° Si aliqua exoriatur discussio inter herum et famulum, fides adhibetur hero affirmanti circa quantitatem stipendii, circa solutionem termini elapsi, vel currentis; art. 1781. Ita statutum fuit ad præcavendas lites, ad tutandam heri auctoritatem; et non raró id vertitur in commodum famulorum, qui faciliùs ideo obtinent anticipatam solutionem. Sed cùm hæc sit dispositio exceptionalis, restringi debet ad ea de quibus loquitur.

444. Cæteræ igitur difficultates, de quibus nihil speciale statuit Codex civilis, solvendæ sunt ex principiis generalibus. De nonnullis quædam dicemus.

I. *An solvi debeat stipendium famulo vel operario qui non præstitit operam conductam, aut saltem non integram?*

Agnoscunt omnes in variis casibus qui occurrere possunt standum esse conventioni vel consuetudini, si quid eâ de re ferant. His seclusis, distinguendum est inter varias causas ex quibus effici potest ut non præstetur opera promissa.

1° Si *ex culpa heri,* debet nihilominus solvere stipendium promissum. Si tamen operarius alteri se locaverit, poterit detrahi quod ab isto receperit, quia reparari non debet nisi damnum illatum. Si verò se locare potuerit, et noluerit, docent multi theologi, inter quos DE LUGO, non ideo excusari herum, quia operarius non tenetur ex justitia inquirere aut accipere alium conductorem, ut consulat lucro prioris. Sed difficilè eam decisionem admitteremus, quando certum esset operarium potuisse alium conductorem invenire absque gravi incommodo : et revera ex tali decisione foveretur acedia operarii, cui opportunius

videretur stipendium suum obtinere absque ullo labore.

2° Si *ex culpa famuli aut operarii,* non solùm amittit jus ad stipendium, sed tenetur compensare damnum quod exinde patitur herus. Sed non tenetur compensare nisi damnum reipsa illatum.

3° Si *ex casu fortuito*, seu ex causa a voluntate contrahentium independenti, agnoscunt omnes contractum purè et simpliciter resolvi, id est, neque stipendium a domino, neque operam a famulo, nec ab alterutro compensationem damnorum deberi, quando illa causa dici non potest ex parte alterutrius stare; v. g., si opus conventum præstari nequeat ob aeris intemperiem, etc. Sed si causa illa se teneat ex parte alterutrius, licèt ab ejus voluntate independens, non pauci aliter ratiocinantur. Verùm existimamus æqualitati contractûs et principiis generalibus juris magis consentaneum esse ut dicatur parvi referre qualis sit casus; modò verè fortuitus sit et a voluntate utriusque independens, contractus resolvitur.

Hinc si famulus aut operarius ex morbo impediantur laborare, non ipsis debetur stipendium, saltem si ægrotatio sit diuturna. Est sententia communis theologorum et jurisperitorum : quemadmodum conductor rei non se obligat ad solvendum pretium locationis, nisi re utatur, ita nec conductor operarum. Et revera fieri potest ut teneatur ad alium operarium recurrere : porrò æquum non est ut duplex stipendium solvere cogatur. Dixi *Saltem si diuturna...*; alioquin suadet æquitas ut nihil detrahatur de stipendio : et hæc est recepta apud omnes, etiam mediocriter bonos, consuetudo, inquit Collet. Excipiuntur tamen operarii diurni, seu ad aliquot tantùm dies conducti : his sua ad ratam temporis subtrahitur merces, teste praxi ubique receptâ, inquit idem Collet.

Hinc a fortiori si moriatur famulus aut operarius, ejus hæredes jus non habent nisi ad stipendium proportionatum operæ quam præstitit.

4° Demum si omissio præstitæ operæ oriatur *ex causa voluntaria* quoad alterutrum e contrahentibus, *sed non* per seipsam *culpabili,* v. g., si famulus herum deserat ad nu-

bendum, ad succurrendum parentibus, etc., docent multi jurisperiti deberi compensationem damnorum, quia voluntariè eorum causam ponit: vis conventionis anteponi deberet causis etiam honestis. Quæstio nobis videtur ad hoc reduci, utrùm censeatur apposita conditio resolutoria pro talis causæ eventu. Porrò solutio pendet a circumstantiis: debebitur aut non debebitur compensatio damnorum, prout censeri poterunt contrahentes voluisse aut noluisse seipsos pro tali casu obligare.

445. II. *Utrùm si famulus aut operarius se locaverit viliori pretio, vel erraverit in æstimatione operis quod in se suscepit, teneatur conductor pretium augere?*

Regulariter tenetur: quia hic ut in venditione semper servanda est æqualitas; ergo si conventio facta sit infra pretium infimum, adest obligatio damnum reparandi. Ita communiter theologi. — Dico *Regulariter*, quia possunt adesse rationes minus pretium solvendi, ut vidimus circa venditionem, cujus principia sunt hic, servatâ proportione, applicanda. Sic 1° si quis non se determinaverit ad opus aliquod suscipiendum nisi quia operarius illud pro tali pretio obtulit, æquum non est ut teneatur solvere pretium vulgare. Sic 2° si ob aeris, v. g., intemperiem plus temporis insumpserit operarius, quàm existimaverat, non ideo potest pretii augmentum repetere: quia si minùs temporis insumpsisset, non ideo pretium minueret.

446. III. *An qui pluribus eamdem operam locat, possit tantum a singulis exigere, quantum si uni locaret?*

Sensus quæstionis est, utrùm, v. g., nuntius conductus a Petro pro tali pretio ut in talem locum pergat, possit operam suam ad idem iter Paulo, re dissimulatâ, pro eodem pretio locare? Ratio dubitandi esse posset quòd tunc recipiat ultra justum pretium. Attamen affirmant communiter auctores, modò singulis se obliget divisim, in solidum, et singulis æqualiter prosit. Ratio est, 1° quia pretium operæ quæ uni præstatur non minuitur eo quòd alteri præstetur: 2° si proprii negotii causâ vellem ire, possem nihilominus pretium exigere; ita fert usus quotidianus,

ait BILLUART : porrò hic idem est, quia parvi refert an tuâ an alienâ causâ eam ; ergo, etc.

Dixi 1° *Divisim*, quia si operarius pluribus conjunctim se locaverit, tunc unica censetur pro omnibus opera, unico proinde pretio solvenda : efformant tunc illi veluti quamdam societatem. Ita COLLET. 2° *In solidum*, id est, ita ut si unus resiliat, vel si aliquo modo pro uno opera non fiat, operarius se obliget ad præstandum pro altero : alioquin injustum esset exigere pro opera conditionatè tantùm locatâ idem pretium ac pro absoluta. 3° *Singulis æqualiter prosit*, alioquin non posset ab unoquoque totum pretium exigere, ut patet.

Cæterùm in hujusmodi casibus præcipuè attendendum est ad conventionem sive expressam, sive implicitam, seu quæ oritur ex consuetudine.

447. II° De locatione VECTORUM (*des voituriers par terre et par eau*). Eo nomine designantur quicumque curam suscipiunt transferendi res vel personas. Illi autem sunt duplicis generis : quidam privatim, seu quando ipsis libet et pretio convento vecturam faciunt, et dici possunt *Entrepreneurs particuliers;* alii publicè, id est, determinatis diebus et horis, et pretio publicè prænuntiato, et vocantur *Entrepreneurs publics*. Sed nomen istud aptari potest iis omnibus qui palàm profitentur hujus operæ exercitium, sicque differunt a privato qui nonnisi per accidens et in casu tantùm peculiari vecturam ageret. Conventio cum vectoribus inita vulgò habetur ut locatio operæ : aliquando tamen haberi debet ut vera locatio rei, ideoque locatori imponens obligationes art. 1719 sancitas, v. g., si quis conducat locum determinatum in navigio, rheda vectoria, etc.

Hæc solùm statuit Codex civilis. — 1° Ex art. 1782, vectores subjiciuntur quoad *custodiam rei* sibi commissæ iisdem regulis quæ statuuntur quoad caupones art. 1949 et seq. Ex art. 1785, debent inscribere ea quæ ipsis committuntur : interest autem ipsorum committentium ne ea inscriptio omittatur, ut exinde probatio ipsis subministretur. Eâ autem probatione positâ, jam vectores tenentur de rei amissione aut deterioratione, nisi probent eam accidisse ex casu fortuito, vel vi majori ; art. 1784. Ratio est, juxta TROPLONG, quia statim ac vector rem accepit, fit illius debitor; ergo ut liberetur a sua obligatione, ipsi incumbit onus probandi rem fuisse amissam aut deterioratam absque ipsius culpa : si id non probet, tenetur solvere pretium rei amissæ; et quidem, juxta plures jurisperitos, pretium integrum, modò satis constet vel per viam quam suppeditat art. 1369, vel per aliam quæ sit sufficiens : sed plerumque in antecess-

sum declarant non posse repeti ultra talem summam, nec satis constat utrùm possint eo modo se liberare ab ulteriori obligatione.

2° Ex art. 1786, vectores varii subjiciuntur *specialibus regulis*, quæ legem efformant inter ipsos et eos qui cum illis contrahunt. Plura etiam præscribuntur in Codice commercii, art. 96-108: pleraque possunt cum debita proportione applicari etiamsi qui merces committunt commercium non exerceant, inquit DUVERGIER. Vid. etiam art. 273 et seq. ejusdem Codicis commercii.

448. III° De locatione *eorum qui opus aliquod exsequendum suscipiunt*, gallicè DES ENTREPRENEURS. Differt iste contractus ab eo de quo loquebamur n° 443, ratione objecti: in priori, conventio pro objecto habet directè operam seu laborem; in isto autem, opus ipsum seu fructum laboris.

Variis modis fieri potest præsens contractus. 1° Aliquando fit pro unico pretio totius operis; quod Romani dicebant *per aversionem*: aliquando pro pretio solvendo juxta mensuram (*à tant la pièce ou la mesure*), seu, ut Romani loquebantur, *in pedes, mensurasve*. — 2° Conveniri potest ut ille qui opus suscipit præbeat solum laborem suum seu industriam, vel ut simul præbeat materiam; art. 1787. In priori hypothesi, satis patet esse locationem: in posteriori verò, non ita: art. 1711 videtur excludere contractum locationis, quem contrà supponit art. 1787: dici potest adesse simul locationem laboris, et venditionem materiæ; quando verò materiam integram aut saltem præcipuam subministrat operarius, prævalet secundus respectus, et contractus dicitur venditio, quemadmodum ubi quis emit ab opifice opus jam confectum. Hæc autem statuuntur.

I. *De interitu rei*. Præ oculis habendum est axioma: *Res perit domino*; et exinde deducentur principia solutionis in diversis casibus.— 1° Quando operarius materiam subministrat, si res pereat quocumque modo antequam tradita fuerit, perit operario, nisi dominus esset in mora rem recipiendi; art. 1788.— 2° Quando materia pertinet ad dominum, et operarius non subministrat nisi laborem et industriam, si res pereat, operarius non tenetur nisi de culpa sua; art. 1789: sed si res pereat, etiam sinè ipsius culpa, antequam dominus vel eam admiserit, vel sit in mora recipiendi, operarius jus non habet ad stipendium, nisi interitus ortus sit ex vitio ipsius rei; art. 1790: quamdiu opus consummatum non est, censetur labor esse operarii sicut res domini; unde utrique res sua perit. Interest igitur operarii ut quàm citiùs a tali onere se liberet: ideo si agatur de opere *ad pedes mensurasve*, potest obtinere ut verificetur per partes, et censetur facta verificatio quoad omnes partes quarum pretium recepit, quando solvitur pretium proportione habitâ operis; art. 1791.

II. *De constructione ædificiorum* speciatim plura statuuntur satis gravis momenti.— 1° Si ædificium totum vel partim corruat ex vitio constructionis, etiam ex vitio soli, architecti et opifices tenentur de eo per decem annos; art. 1792, 2770. Ita statutum intuitu boni publici: nec obstat proinde quòd opus fuerit antea a domino admissum. — 2° Quando architectus vel opifex ædificium construit in solo alieno,

pretio convento (*à forfait*), et juxta formam determinatam, non potest augmentum pretii exigere, etiam propter mutationem aut incrementa superaddita, nisi hæc scripto approbata fuerint a domino, et eorum pretium determinatum fuerit; art. 1793. Lex voluit præcavere fraudes per quas non rarò hujusmodi opifices derogant, sub eo prætextu, conventionibus initis.

III. *De resolutione contractûs.* 1° Dominus potest pro nutu suo resilire a conventione, licèt opus inceptum fuerit, modò operario solvat impensas, pretium laboris, et lucrum quod ex eo opere percepturus fuisset; art. 1794. Sic consulitur bono domini, absque damno operarii. In foro interno, si adfuerit fraus ex parte domini, tenebitur etiam de lucro cessante.— 2° Contractus dissolvitur per mortem opificis; sed dominus solvere tenetur ejus hæredibus pretium laboris, et materiæ præparatæ, quando hæc ipsi prodesse possunt; art. 1795, 1796 : si non prosint, non debet dominus damno subjici ad removendum damnum quod naturaliter ex morte opificis subire debent ipsius hæredes.

Art. 3. *De locatione animalium.*

449. Contractus ille vocatur *Bail à cheptel.* Vox ista, *Cheptel*, aliquando designat contractum, ut in art. 1815, 1818, aliquando ipsum animalium gregem, qui est objectum contractûs, art. 1805, 1806. Contractus definitur : *Conventio quâ unus alteri tradit quoddam animalium capitale cum onere pascendi et servandi sub certis conditionibus;* art. 1800 : animalia non spectantur seorsim, sed simul et gregatim. Fieri potest circa quæcumque animalia e quibus lucrum educi potest in favorem agriculturæ vel commercii; art. 1802. Nulli formæ speciali subjicitur. Ordinari potest per conventiones privatas; nonnisi ad eas supplendas statuuntur regulæ per legem; art. 1803. Quædam tamen conventiones per legem reprobantur, art. 1811, 1819, 1828 : ut scilicet subveniatur iis quibus traditur grex (*aux chepteliers*), qui plerumque sunt pauperes et miserabiles et ex tali conventione sibi victum quærunt.

Plures sunt hujus locationis species : *Le cheptel simple ou ordinaire; le cheptel à moitié; le cheptel donné au fermier ou au colon partiaire; une quatrième espèce de contrat improprement appelé cheptel;* art. 1801. De his sigillatim varias tradit regulas Codex civilis.

450. I° *De contractu* dicto CHEPTEL SIMPLE. — Ille est qui fit eâ conditione ut accipiens habeat dimidiam partem lucri, et patiatur di-

midiam partem damni; art. 1804. Hæc est notio generalis : sed ut meliùs innotescat contractûs natura, quædam addenda sunt. 1° Dominium gregis remanet penès dantem. Quamvis in pluribus contractibus æstimatio faciat venditionem, aliud in præsenti statuitur; art. 1805 : æstimatio, quæ non est quidem necessaria, sed valde tamen expedit, ad id inservit ut in fine contractûs dignoscatur an lucrum, an damnum adfuerit. — 2. Per lucrum cujus dimidia pars tribuitur accipienti, intelliguntur fetus animalium, et lanæ; art. 1811 : sed lacticinia, stercora, et labor animalium ipsi ex integro tribuuntur, *ibid.* : nempe in compensationem curarum quas adhibere debet ad pascendum et custodiendum gregem. — 3° Irrita declaratur conventio, quâ in accipientem rejiceretur interitus totius gregis sinè ipsius culpa accidens, vel major pars damni quàm lucri; item quâ tradenti gregem tribueretur facultas aliquid in fine contractûs accipiendi ultra id quod dedit; art. 1811.

Expositâ contractûs naturâ, hæc de eo statuuntur. — 1° Accipiens tenetur ad curam boni patrisfamiliàs; art. 1806. Vid. suprà (n° 170). Non tenetur de casu fortuito, nisi præcesserit ex ipsius parte culpa sinè qua casus nun accidisset; art. 1807 : sed ipsi incumbit onus probandi casum fortuitum; alioquin præsumitur in culpa : sicuti si alter contrahens contendat casui fortuito adjunctam fuisse culpam ex parte accipientis, debet illud probare : ita art. 1808. Quando dicitur non teneri de casu fortuito, sensus est eum non teneri solvere valorem rei amissæ, nec compensationem damnorum. Sed 1. debet rationem reddere pellium; art. 1809 : id est, vel eas exhibere, vel explicare cur non exhibeat. 2. Non ideo penitus extraneus remanet jacturæ gregis. Si totus grex amittatur, jactura recidit in eum qui tradiderat : si verò pars tantùm, inter utrumque dividitur. Ita saltem statuit art. 1810, qui non paucis animadversionibus locum dedit : cùm ex illo sit custodi optabilius totum gregem amitti quàm partem tantùm; quod certè non raro multis incommodis locum dare potest. Quidquid sit, in foro conscientiæ, existimamus inquirendum esse in casibus occurrentibus, an stante dispositione legis servetur æqualitas, necne : si servetur, quia nempe gregis custos invenit in lucro percepto compensationem, non tantùm laboris et curæ, sed etiam periculi cui exponitur, jam tuta est conscientia; si verò non servetur æqualitas, alio saltem modo reducenda erit : quod fieri poterit etiam derogando illi juris dispositioni per conventiones expressas, ut suadet Troplong. — 2° Neuter e contrahentibus potest sinè consensu alterius disponere de ullo animali, vel de ejus fetu; art. 1812. Grex est sub dominio tradentis : ergo custos non potest disponere. Ex sua parte, dominus gregis tenetur præstare ut custos eo frui possit; ergo non potest de animalibus disponere. Quoad fetus autem, sunt inter utrumque communes; neuter ergo potest ante partitionem de iis disponere.— 3° Accipiens non potest tondere, nisi præmonito domino gregis; art. 1814. Ita statuitur, ut præcaveantur fraudes in partitione lanarum. — 4° Si grex tradatur conductori prædii alieni, moneri debet prædii dominus; qui alioquin posset gregem habere ut pignus pretii sibi a conductore debi-

biti; art. 1813. Inter dominum prædii, et dominum gregis, mirum non est quòd prævaleat jus prioris, utpote principale, nisi posterior sibi consuluerit : ita statuit art. 2102-4°. — 5° Si tempus non fuerit determinatum, contractus censetur initus pro triennio; art. 1815. Potest dominus gregis postulare ante terminum resolutionem contractûs, si custos obligationibus suis non satisfaciat; art. 1816 : idem jus custodi competit erga dominum. Dissolvitur per mortem custodis, quia applicatur art. 1795, si habeatur ut locatio, vel art. 1865, si habeatur ut societas : sed non dissolvitur per mortem tradentis. — 6° Elapso termino, vel resoluto contractu, nova fit æstimatio gregis. Qui gregem tradidit potest sibi vindicare animalia cujusque speciei, quorum valor attingat priorem æstimationem : quod superest, inter utrumque contrahentem dividitur. Si valor omnium animalium non attingat priorem æstimationem, qui gregem tradidit eum totum recipit, et damnum inter utrumque dividitur. Ita art. 1817.

451. II° *De contractu dicto* Cheptel à moitié. — Ille contractus est societas in qua quilibet e contrahentibus confert dimidiam partem animalium, quæ communia remanent quoad lucrum et damnum; art. 1818. Hìc igitur non tantùm fruitio gregis, ut in casu præcedenti, sed et ipsum dominium in communi reponitur.

Accipiens solus fruitur lacticiniis, labore et stercoribus; alter jus non habet nisi ad dimidiam partem lanarum et fetuum : irrita est omnis conventio in contrarium, nisi accipiens sit colonus prædii cujus alter est dominus; art. 1819. — Cæteræ regulæ contractûs præcedentis (*du cheptel simple*) isti applicantur; art. 1820 : nisi tamen quòd jactura totius gregis non cadat in solum tradentem, sed etiam pro dimidia parte in accipientem, quia *Res communis perit sociis*, ut observant jurisperiti.

452. III° *De locatione* animalium inita inter dominum prædii, et ipsius conductorem seu colonum partiarium. — Codex civilis seorsim agit de conductore ordinario, gallicè *fermier*, et de colono partiario.

I. *Du cheptel donné au fermier.* Est contractus quo dominus prædium locat eâ conditione ut, elapso locationis termino, conductor relinquat gregem ejusdem valoris quem habebat quando illum recepit; art. 1821. Grex, licèt æstimetur, non transit in dominium conductoris, sed tamen est illius periculo; art. 1822 : unde jactura, etiam totalis, et ex casu fortuito, in eum recidit, seclusâ conventione contrariâ; art. 1825. Sed omne lucrum ei tribuitur, seclusâ pariter conventione contrariâ; art. 1823 : nisi quòd stercora in prædio locato tantùm adhiberi debeant; art. 1824. Propter eamdem rationem, conductor nequit, cessante locatione, gregem sibi retinere, solvendo æstimationis primævæ valorem; sed debet relinquere gregem ejusdem valoris : si valor sit imminutus, debet solvere compensationem; et non potest retinere, nisi in quantum valor auctus est; art. 1826.

Contractus ille frequentis praxis est etiam apud viros probos, et vulgò licitus habetur. Revera, ut ait *Theolog. Tolosan.*, nulla in eo deprehenditur injustitia : custodiæ sumptus compensantur per lacticinia, labores, stercora, etc.; periculum autem animalium quæ fortè interi-

bunt compensatur per spem lucri quod totum conductori adscribitur. Cæterùm ex modò dictis per conventiones speciales derogari potest quibusdam legis dispositionibus, sive circa lucrum, sive circa damnum : sed in eo casu supponitur pretium locationis ita determinari, ut, non obstantibus his conventionibus, servetur in contractu æqualitas.

II. *Du cheptel donné au colon partiaire.* Differt iste contractus a præcedenti, quemadmodum colonus partiarius differt a conductore ordinario : igitur magis accedit ad contractum *de cheptel simple, ou à moitié;* hinc hujus regulis subjicitur; art. 1830. Tria tantùm hic speciatim statuuntur. — 1° Si grex totus amittatur sine culpa coloni, jactura cadit tantùm in dominum; art. 1827. — 2° Conveniri potest colonum relicturum esse domino partem lanæ sibi obvenientem, pro pretio minori quàm communiter valeat ; vel dominum habiturum esse majorem partem lucri, aut dimidiam partem lacticiniorum : sed conveniri non potest ut colonus teneatur de integra jactura; art. 1828. — 3° Contractus iste desinit cum locatione ipsius prædii; art. 1829 : accessorium sequitur principale; unde hic non applicatur art. 1815.

453. IV° De contractu qui IMPROPRIÈ *dicitur Cheptel.*—Ille est quo una aut plures vaccæ villico pascendæ et servandæ traduntur, eâ conditione ut illarum dominium et periculum remaneat apud tradentem, qui nullum aliud lucrum percipit nisi vitulos qui ex illis nascuntur; art. 1831. Contractus ille est quædam locatio operæ : villicus se obligat ad custodiendam et servandam vaccam, et pro pretio recipit lacticinia, laborem et stercora. Hinc licitus est talis contractus, cùm servetur æqualitas, ut observat *Theolog. Tolosan.* : imò pariter licitus esset, si lucrum ex vitulis speratum, et damnum quod timetur ex interitu vaccarum divideretur inter tradentem et accipientem, maximè si ex illis plurimi gignendi sperarentur vituli.

CAPUT VI.

DE MANDATO.

454. Per mandatum generatim intelligitur contractus quo aliquid agendum committitur et suscipitur : unde magnam habet analogiam cum locatione operarum, de qua modò. DEFINIRI potest : *Contractus quo quis alteri gratuitò acceptanti committit negotium in sui gratiam et suo nomine gerendum.* Ita ferè art. 1984.

Dicitur 1° *Contractus :* quando ille articulus dicit simpliciter *Un acte*, respicit instrumentum quo continetur mandatum, seu istud spectat tantùm ex parte mandantis. Est autem contractus 1. *synallagmaticus*, sed solummodo *imperfectus :* ex eo directè non oritur nisi obligatio mandatarii ad rem exsequendam; hinc non subjicitur articulo

1325 de duplici scripto. 2. *Consensualis*, saltem regulariter : ordinariè solo consensu perficitur; sed aliquando vim non habet obligandi nisi positâ executione, ut mox dicemus. 3. *Non solemnis :* ex art. 1985, potest fieri per scriptum privatum, per simplicem epistolam, imò et per mera verba. — 2° *Quo quis*, scilicet *capax*, non solùm generatim contrahendi, sed et negotii quod vult committere : si negotium nomine ipsius peragatur, res est satis aperta; sed etiamsi non peragatur ejus nomine, cùm tamen, ex axiomate, *Qui mandat, fecisse videatur*, requiritur nihilominus ut ipse facere possit. — 3° *Committit negotium*, id est, confert, non solùm potestatem, sed curam negotii gerendi : si conferat solùm potestatem, erit mera procuratio; quod in idem recidit quoad extraneos, sed ipsos contrahentes non subjicit officiis quæ ex solo mandato exsurgunt. — 4° *Alteri*, qui debet pariter esse *capax* negotii gerendi : si non possit physicè mandatum exsequi, satis patet illud irritum esse; sed si nihilominus fraudulenter acceptaverit, mandans adversùs illum recursum habebit. Si verò agatur de capacitate legali, difficile est eam non exigere, saltem quando mandatum exsequitur proprio nomine. Attamen ex art. 1990 potest mandatum committi uxoribus et minoribus emancipatis (imò, juxta plures, et non emancipatis) : tenebitur ergo mandans exsequi seu ratum habere quod isti peregerint; sed ipsi erga eum non ligabuntur nisi secundùm regulas generales de obligationibus minorum et uxorum. — 5° *Acceptanti*, quia ex sola acceptatione efformatur contractus; art. 1984 : sed ex art. 1985 admittitur acceptatio tacita, seu deducta ex mandati executione. — 6° *Gratuitò*, quia mandatum est gratuitum, nisi aliter conventum fuerit; art. 1986. Olim gratuitas vulgò habebatur ut mandato essentialis, et in hoc discrepabat mandatum a locatione ; hodie verò juxta illum articulum dicitur gratuitatem esse de natura mandati, non verò de essentia : quomodo ergo stet in eo casu discrimen inter mandatum et locationem, jam suprà diximus (n° 443). — 7° *In sui* (*mandantis*) *gratiam :* si negotium non intersit nisi ipsius mandatarii, aderit consilium, ex quo oriri

poterunt nonnullæ obligationes pro consulente, si fraudulenter egerit, sed non aderit mandatum. Si verò sit in gratiam tertii, generatim dici potest non esse mandatum, quia nemo potest alteri stipulari, ut jam exposuimus (nº 120). Attamen valere poterit, si negotium aliquo modo mandantis intersit, v. g., quia jam ipse cœperat illud gerere, et ipsi per alium perfici curaret, posset obligari ex art. 1372 ad compensationem damnorum. Si verò mandantis non intersit, irritum erit mandatum in eo sensu quòd, si mandatarius non gerat negotium, nullam debebit compensationem damnorum mandanti, cujus nihil interest; sed si mandatarius exsecutus fuerit, validum efficietur mandatum : tum quia mandatarius tunc recursum habet adversùs mandantem pro impensis quas subiit, ac proinde et ipse mandans recursum habere debet ut sibi reddatur ratio exsecutionis; tum præsertim quia mandans censetur fecisse quod exsecutus est mandatarius, ac proinde tenetur tanquam negotiorum gestor erga eum cujus res gestæ sunt; ergo jam ipsius interest ut bene gestæ sint; ideoque rationem a mandatario exigere potest. Unde in hoc casu contractus est realis, ut mox diximus.— 8° *Suo (mandantis) nomine :* ita art. 1984, quia hic est casus frequentior. Ubi agitur de mandato commerciali, constat ex art. 91 et 92 Cod. comm. mandatarium posse aliquando agere proprio nomine; quia sæpe id exigunt circumstantiæ. Porrò idem locum habere posse etiam extra commercium pro inconcusso habet Duranton; non raró militant eædem rationes, et ita sæpe fit in venditionibus publicis. — Cæterùm quocumque nomine agat mandatarius, eadem sunt mutua ipsius et mandantis officia. Sed erga tertium quocum negotium actum est, magnum adest discrimen : quando mandatarius agit proprio nomine, ipse verè contrahit, fit rei dominus, si agatur de emptione, etc.; dum verò contrahit nomine mandantis, iste solus censetur intervenire in contractu, et solus a tertio adiri potest : unde diversa pro alterutro casu sequi consectaria facilè intelligitur.

455. Plures species *mandati* distingui possunt.

1° Aliud est mandatum in *ordine civili,* de quo hic di-

rectè agimus : aliud mandatum in *ordine commerciali*, quod dicitur *Contrat de commission*, et de quo agitur art. 91 et seq. Cod. comm. Isti sunt hæc peculiaria. 1. Non requiritur ut mandatarius agat nomine mandantis, ut mox diximus. 2. Gratuitum non est, nisi specialis conventio interfuerit : generatim quando suscipitur mandatum, non ut amicitiæ officium, sed ut professionis exercitium, nullâ opus est conventione expressâ, ut debeatur honorarium lege vel usu determinatum. 3. Potest esse tacitum, ut modò dicemus.

2° Olim distinguebatur mandatum *expressum*, et *tacitum* : scilicet qui videns alterum pro se aliquod negotium gerere non eum prohibebat, censebatur ipsi mandatum dare. Hodie generatim abrogatum est mandatum tacitum ; quod olim dicebatur mandatum tacitum, hodie non habetur nisi ut quasi-contractus negotiorum gestionis ; art. 1372 : unde quoad impensas factas ab exsequente applicabilur art. 1375, non art. 1999. Dicunt tamen jurisperiti mandatum tacitum non fuisse abrogatum in materia commercii. Agnoscunt etiam quædam mandata tacita, quæ nempe oriuntur ex facto, v. g., ex traditione instrumentorum actori vel apparitori (*la remise des pièces à un avoué, à un huissier*), etc. : item aliquando in uxore quæ gerit negotia mariti ; item, licèt rariùs, in famulo erga suum herum : quod longè magis accedit ad mandatum tacitum olim admissum.

3° Mandatum est vel *generale* vel *speciale*. Alterum ab altero discernere interest, cùm lex aliquando requirat mandatum speciale. Generale dicitur mandatum, quando datur pro omnibus negotiis mandantis ; speciale, quando pro uno vel pro quibusdam tantùm negotiis ; art. 1987. Mandatum generale non includit nisi actus administrationis : ad alienandum, ad hypothecam conferendam, vel exercendos actus proprietatis, mandatum debet esse expressum ; art. 1988. Si mandatum sit speciale, mandatarius nihi potest ultra verba mandati : unde facultas transigendi non includit facultatem compromittendi ; art. 1989.

456. His præmissis, agendum habemus 1° de obligationibus mandatarii ; 2° de obligationibus mandantis ; 3° de modis quibus solvitur mandatum.

457. I° *De* OBLIGATIONIBUS MANDATARII. — Ad tres reducuntur. — I. Tenetur *implere mandatum* quod acceptavit; alioquin tenebitur compensare damna ex inexsecutione secuta : imò quamvis mandatum solvatur morte mandantis, tenetur mandatarius perficere rem inceptam, si sit periculum in mora. Ita art. 1991. Sed non debet excedere fines mandati; alioquin mandans nec erga illum tenetur, nec erga tertium, qui, antequam pacisceretur, debuit exigere ut mandatum sibi exhiberetur.

Quid ergo, si mandatarius negotium quidem sibi commissum gesserit, sed non steterit pretio per mandatum determinato? — 1° Si mandatarius *proprio nomine* rem emerit infra pretium assignatum, cogi non poterit ad rem tradendam mandanti, cùm pro ipso non emerit : sed cùm mandatum non impleverit, tenebitur ad compensationem damnorum, secundùm ea quæ mox dicemus. Contrà si emerit supra pretium assignatum, non potest cogere mandantem ad rem sumendam eo pretio quo empta est, sed potest cogere pretio assignato : mandans autem non potest eam exigere, etiam soluto pretio quo empta est, quia pro eo empta non est; sed neque mandatarius tenebitur ad compensationem damnorum, si reipsa non potuerit emere pretio assignato; tunc enim inexsecutio mandati non oritur ex ipsius culpa. — 2° Si mandatarius *nomine mandantis* emerit supra pretium assignatum, ipse erga venditorem obligatur, etiam ultra fines mandati, si ei non satis notum fecerit suum mandatum, vel si pro mandante spoponderit (*s'il s'est porté fort*); ita ex art. 1997 deduci potest : sed si ei satis notum fecerit mandatum, ex eodem articulo erga eum non obligatur. Erga mandantem verò tenetur rem tradere pretio assignato, si potuerit pluris non emere : sed si per ipsum non steterit, tunc non debet pati damnum, quod ipsius culpæ imputari non potest; unde debet mandans vel ipsi solvere pretium integrum, vel rem relinquere : imò si mandatarius bonâ fide egerit, et mandantis negotium utiliter gerere intenderit, postulat æquitas ut iste rem ipsi non relinquat cum ipsius gravamine. — 3° Tandem si quæstio spectetur *inter mandantem et*

venditorem, mandans non potest exigere ut venditor rem sibi tradat, si nondum tradiderit, pro pretio per mandatum assignato, quia is non eo pretio vendidit : sed potest exigere, solvendo pretium conventum. Vice versâ venditor non potest exigere ut mandans solvat ultra pretium assignatum in mandato, quia mandans non ad id se obligavit; sed si mandatum non satis cognoverit, vel si mandatarius pro mandante spoponderit, poterit rem non tradere, nisi recepto pretio convento. Si autem mandatum satis cognoverit, potest nihilominus cogere mandantem ad rem accipiendam pro pretio quod in mandato assignaverat.

458. II. *Negotium diligenter gerere*. Mandatarius tenetur non tantùm de dolo, sed etiam de culpis in gestione sua admissis ; minùs tamen rigorosè, si mandatum sit gratuitum ; art. 1992. Si mandatarius generalis in quibusdam negotiis damnum intulerit, in aliis verò lucrum, dicunt jurisperiti non posse institui compensationem, quia tenebatur procurare lucrum, et nihilominus non inferre damnum : unde hic applicandum quod de societate statuit art. 1850. Ratio tamen habenda est circumstantiarum.

Si mandatarius aliquem subdelegaverit ad gerendum negotium, tenetur de illius culpa, 1° quando non acceperat potestatem aliquem subdelegandi ; 2° quando, potestate acceptâ sine designatione personæ, subdelegavit aliquem notoriè incapacem : sed in omni casu, potest mandans directè agere contra subdelegatum ; art. 1994.

Tandem si plures sint mandatarii per eumdem actum constituti, non tenentur in solidum, nisi expressè conventum fuerit ; art. 1995, qui non applicatur in materia commercii.

459. III. *Rationem reddere*. Debet mandatarius rationem reddere suæ administrationis, et quidquid ex mandato recepit restituere, licèt mandanti indebitum ; art. 1993. Id facilè intelligitur ex eo quòd nomine mandantis receperit. Si summas pecuniæ in usum suum converterit, debet pleno jure earum auctarium a die quo eas adhibuit ; sed quoad summas quas simpliciter debet, non tenetur ad

auctarium nisi a die quo constitutus fuit in mora rationem reddendi ; art. 1996. In priori casu, potest insuper teneri ad compensationem damnorum ; imò ex art. 408 Cod. pœnal. per legem 28 april. 1832 reformato, damnabitur ut reus violatæ fidei (*d'abus de confiance*).

460. II° *De* OBLIGATIONIBUS MANDANTIS. — I. *Erga tertium.* Tenetur adimplere obligationes a mandatario contractas, et mandato consentaneas ; non autem id quod ultra mandatum confectum est, nisi vel expressè, vel tacitè, illud ratum habuerit ; art. 1968.

II. *Erga mandatarium.* 1° Mandans tenetur mandatario præbere quæcumque necessaria sunt ad mandati executionem, eique solvere, sive salarium promissum, sive sumptus legitimos quos fecit occasione mandati ; neque potest ab ea obligatione se eximere sub eo prætextu quòd negotium non prosperè cesserit, vel quòd minores impensæ fieri potuissent, modò tamen absit culpa mandatarii ; art. 1999. — 2° Tenetur mandatarium indemnem servare quoad damna quæ passus est occasione mandati absque imprudentia quæ ipsi imputari possit ; art. 2000. — 3° Si plures mandantes constituerint mandatarium pro negotio communi, singuli in solidum tenentur erga ipsum de omnibus effectibus mandati ; art. 2002.

461. III° *Quibus modis* SOLVATUR MANDATUM. — Eos enumerat art. 2003. — I. *Per revocationem mandatarii.* Potest mandans pro nutu suo mandatum revocare ; art. 2004 : illudque verum est, etiamsi promiserit salarium ; quia salarium non debetur nisi post mandati executionem, quam cùm in sui ipsius gratiam mandans commiserit, potest ei renuntiare. Hinc potest mandans exigere, si locus sit, ut mandatarius sibi reddat scriptum, sive privatum, sive authenticum, quo continetur mandatum ; art. 2004 : alioquin scripto eo abuti posset mandatarius. Revocatio enim soli mandatario notificata non potest iis qui hanc ignorantes contraxerunt opponi, salvo recursu mandantis contra mandatarium ; art. 2005 ; sed si revocatio iis quocumque modo innotuerit, etiam aliter quàm

per mandantis notificationem, erga eos nullo modo ligabitur mandans.

Hæc revocatio potest fieri expressè, vel tacitè. Quando nempe mandans novum constituit mandatarium pro eodem negotio, censetur facta revocatio ab instanti quo novum mandatum innotuit priori mandatario; art. 2006. Sed hæc est mera præsumptio, quæ probationibus contrariis elidi potest : unde si ex circumstantiis pateat intendere mandantem ut simul stet utrumque mandatum, non aderit revocatio. Quocumque autem modo fiat revocatio, si res non sit integra, finitur quidem mandatum, sed durat actio, inquiunt jurisperiti; id est, servanda sunt jura et obligationes ex eo orta.

II. *Per renuntiationem mandatarii.* Potest mandatarius renuntiare mandato, notam faciendo mandanti suam renuntiationem; si tamen per hanc damnum aliquod mandanti inferat, tenebitur ad indemnitatem, nisi ipse versetur in impossibilitate mandatum exsequendi absque gravi proprio damno; art. 2007. Ratio exceptionis est, quia beneficium nemini debet esse damnosum. Sed docent quidam jurisperiti, hanc exceptionem non admitti in materia commercii, ad cujus naturam pertinent hujusmodi aleæ, seu pericula.

III. *Per mortem*, sive naturalem, sive civilem, *mandantis*; art. 2003. Aliud tamen dicendum, si agatur de re urgenti, adeò ut adsit periculum in mora; art. 1991 : item, si agatur de negotio quod mandans intendit post mortem suam peragendum, ut patet exemplo executoris testamentarii.

IV. *Per mortem*, sive naturalem, sive civilem, *mandatarii*; art. 2003. Mandans meritò præsumitur respexisse personam mandatarii. Attamen ex principio æquitatis, hæredes mandatarii tenentur, non solùm mandantem monere, sed, si quid urgeat, pro circumstantiis providere; art. 2010.

V. *Per interdictionem, vel decoctionem*, sive mandantis, sive mandatarii; art. 2003. Quando enim alteruter in eum statum devenit in quo officium commissum nequit exsequi,

applicari debet quod diximus de casu mortis. Idem dicendum, si mandans qualitatem amittat vi cujus mandatum dederat : v. g., si tutor mandaverit alicui negotium quoddam sui pupilli, et re adhuc integrâ e tutela excidat, corruit mandatum.

Advertendum superest, si mandatarius, ignorans mortem mandantis vel alias causas quibus solvitur mandatum, aliquid ex mandato gesserit, id quod egit validum esse, tum erga mandantem ejusve hæredes, tum erga eos qui bonâ fide cum mandatario contraxerunt ; art. 2008, 2009 : applicatur posterior articulus, licèt mandatarius malâ fide egerit.

Appendix. *De negotiorum gestione.*

462. Mandato affinis est *negotiorum gestio*, de qua ideo in præsenti loco nonnulla dicemus. Definiri potest : *Quasi-contractus ortus ex facto illius qui negotium alterius voluntariè gerit, eo inscio, vel non inscio ;* art. 1372.

Dicitur 1° *Quasi-contractus*, quia, deficiente mandato illius cujus negotium geritur, non adest contractus qui sinè duarum voluntatum concursu concipi nequit : cùm tamen occasione hujus gestionis exsurgant ex æquitate naturali obligationes, sive ex parte gestoris, sive ex parte illius cujus negotium actum est, inter quasi-contractus recensetur (vid. n° 9). — 2° *Negotium alterius*, id est, negotium jam alteri proprium, seu ad eum aliquomodo jam spectans : si enim negotium sit hactenus alteri omnino extraneum, geritur negotium *pro altero*, sed non *alterius*, et iste poterit illud prorsus repudiare. — 3° *Gerit voluntariè;* art. 1371, 1372 : quod quidam ita intelligunt, ut non adsit quasi-contractus de quo nunc agimus, nisi negotium gestum fuerit proprio motu, non verò si ex mandato judicis, vel ex aliqua coactione. — 4° *Eo inscio, vel non inscio :* olim requirebatur ut negotium gereretur inscio domino; alioquin dicebatur mandatum tacitum. Hodie etiamsi negotium gestum cognoverit dominus, agnoscitur quasi-contractus, ut jam diximus (n° 455) ; art. 1372. Si verò quis negotium alterius gerat *eo invito*, quamvis nonnulli

dicant eum nihil posse repetere, et sibi imputare debere si damnum patiatur, alii docent non sinere æquitatem ut dominus cum alterius damno locupletetur : ac proinde si ex negotio gesto lucrum educat, debet gestorem indemnem servare, usque ad concursum lucri educti.

463. His præmissis de natura illius quasi-contractûs, loquendum de obligationibus quas inducit.

I. *De obligationibus* GESTORIS. Generatim qui negotium alterius gerere incipit, se subjicit obligationibus quæ orirentur ex mandato expresso quod accepisset ab eo cujus negotium interest; art. 1372. Hinc 1° tenetur negotium incœptum perficere, donec ille cujus interest possit ipse providere; *ibid.* : imò, eo mortuo, non debet intermittere, donec ejus hæres negotii curam suscipere potuerit; art. 1373. Debet proinde hæredem monere. Debet etiam ea omnia peragere quæ pendent a negotio suscepto; art. 1372. Hinc 2° tenetur rem alterius administrare tanquam bonus paterfamiliâs : aliquando tamen ob circumstantias quibus inductus fuit ad negotium gerendum, poterit judex moderari compensationem damni ex illius culpa vel negligentia illati; art. 1374. Vid. suprà (n° 170). Hinc 3° tandem tenetur rationem reddere suæ gestionis, ut dictum est de mandatario (n° 459).

II. *De obligationibus illius* CUJUS NEGOTIUM ACTUM EST. Ille cujus negotium bene gestum fuit, tenetur 1° servare conventiones ejus nomine initas a gestore; 2° istum servare indemnem pro omnibus obligationibus personalibus quas suscepit; 3° ipsi refundere omnes impensas utiles aut necessarias quas fecit; art. 1375. Nisi hæc obligatio imponeretur, dominus locupletaretur cum damno alieno, ut patet : et insuper nemo vellet administrare negotia absentium aut impeditorum; quod bono publico detrimentum inferret, cùm sæpe plurimi intersit ut hujusmodi officium præstetur. Sed exigit præfatus articulus ut *Negotium bene gestum fuerit :* si enim malè, jam non applicatur principium æquitatis cui innititur articulus; imò, inquiunt auctores, si gestor rem deteriorem reddiderit, ipse tenebitur dominum indemnem servare. Si verò factæ fue-

rint impensæ immodicæ, aut tales quales dominus verisimiliter ipse facturus non fuisset, immeritò obligaretur ad eas refundendas : non tenebitur nisi ratione emolumenti a se percepti. Ut autem dignoscatur an negotium bene gestum fuerit, initium solum seu tempus negotii gesti spectandum est : etenim statim ac negotium gestum est, oritur obligatio erga gestorem, quæ cùm non sit de corpore determinato, non tollitur per eventum subsequentem.

Sed quæri potest, an gestor negotii jus habeat ad quoddam salarium, seu mercedem congruentem? — Non satis constat apud auctores. Existimamus cum *Collat. Andegav.* et Vernier, id pendere a natura officii, prout quis ut amicus aut ut procurator alterius rem gessit : quod dignosci poterit ex variis circumstantiis.

CAPUT VII.

DE CONTRACTU SOCIETATIS.

464. I° Societas, qualis hic intelligitur, definiri potest: *Contractus quo duo vel plures conveniunt de re aliqua in communi ponenda ad honestum faciendum lucrum, secundùm justam proportionem inter ipsos dividendum;* art. 1832 Codicis civilis.

Dicitur 1° *Contractus,* quia societas necessariò supponit conventionem : eâ seclusâ, potest esse consortium, communitas, v. g. si plures ex legato rem aliquam in communi accipiant, etc.; sed non erit societas. Est autem ille contractus 1. *bilateralis,* cùm ex parte omnium contrahentium exsurgat obligatio; et *commutativus*, in eo sensu quòd quilibet generatim intendat tantum recipere quantum ipse dat. 2. *Consensualis,* quia ut sit perfectus non exigit rei traditionem, vel aliquam conventionis executionem. 3. *Non solemnis :* nulli speciali formæ subjicitur; unde quando art. 1834 præscribit scripturam, præscribit tantùm probationis causâ : et quidem non modo absoluto, sed tantùm quando objectum excedit valorem 150 fr.; adeò ut ille articulus intelligendus sit juxta

sensu m dispositionum generalium circa contractus, inquiunt jurisperiti. Adsunt tamen quædam societates, quæ nonnisi servatis quibusdam solemnitatibus formari possunt, ut infrà (nº 467) dicemus. — 2º *De re aliqua*, id est, vel pecuniâ, vel aliis bonis, vel industriâ; art. 1833. Afferri potest quidquid est pretio æstimabile; ac proinde non tantùm dominium rei, sed et fruitio. Sed est de essentia societatis ut quilibet socius aliquid afferat : si quis nil afferens haberet jus ad partem lucri, non esset societas, sed donatio. — 3º *In communi ponenda*, quia agnoscunt omnes non esse societatem sinè communione aliqua, aut communicatione mutua. Hinc societas habetur in jure ut *persona moralis* distincta a sociis : est velut quoddam corpus mysticum, cui competunt et dominium fundi socialis, et varia jura distincta a juribus sociorum, qui erga societatem obligantur, sicut et societas erga illos. Hæc est notio fundamentalis, inquiunt jurisperiti, sinè qua vix intelligi possunt quæcumque ad societatem spectant. — 4º *Ad faciendum lucrum*, quia hic est finis societatis, et ad ejus essentiam pertinet. Id ab omnibus jurisperitis admittitur, et ex hoc præsertim capite differt societas a communitate ; ad istam sufficit ut plures sint consortes ejusdem rei seu negotii, ad illam requiritur ut aliquid de suo afferant ad communem utilitatem. Per lucrum autem intelligitur commodum pecuniarium, seu pretio æstimabile : si quid aliud intendatur, non occurrit contractus societatis de quo loquuntur jura. — 5º Lucrum *Honestum*, quia si intendatur lucrum illicitum, seu viâ injustâ comparandum, irrita est societas ; art. 1833 : maleficii nullum vinculum esse potest. Id apud omnes constat, et nonnisi in applicatione potest adesse difficultas. — 6º *Inter socios dividendum*, quia est de essentia societatis ut lucrum sit commune ; illudque satis indicant verba art. 1832, *Dans la vue de partager le bénéfice*. Non requiritur ut jus omnium sit æquale : sed ut sit *secundùm justam proportionem*, quæ determinari debet sive ex parte in societatem allatâ, sive ex damno perferendo, ut in decursu evolvemus. De isto damno nulla mentio fit in definitione, inquiunt plures jurisperiti,

quia nonnisi lucrum intendunt socii, damnum præter eorum votum accidit.

465. II° Ex ea notione intelligitur societatem *esse* VIAM LEGITIMAM *lucri comparandi*. Constat non solùm ex usu et consensu omnium, et ex utilitate Reipublicæ, quæ ex societatibus multa obtinet quæ privati separatim præstare non possent, sed etiam ex ipsa societatis natura. Omnia quæ afferuntur in societatem efformant quoddam totum morale, quod pertinet ad illud corpus mysticum de quo mox loquebamur : ergo si illud totum morale fructificet, et quidem viâ justâ, ut in ipsa definitione fertur, fructificat domino, quemadmodum pro illo periret; quia qui subit periculum, debet habere lucrum : porrò facilè intelligitur lucrum illud societati obveniens tribuendum esse sociis eâdem proportione quâ unusquisque in societatem contulit. Satis illud patet, quando æqualis fuit omnium contributio. Si verò unus pecuniam, alter industriam conferat, adest eadem ratio : e duobus conjunctis exsurgit totum morale; qui confert pecuniam, subit ejus periculum ; ergo jus habet ad lucrum : qui autem confert laborem aut industriam, evidenter jus habet ad illius fructum.

466. III° Variæ sunt *societatum* SPECIES. Duplicem distinguit Codex civilis : altera est universalis, altera particularis ; art. 1835. Posterior subdividitur in societates civiles, de quibus solis loquitur Codex civilis, et societates commerciales.

I. *De societate* UNIVERSALI. Duæ agnoscuntur hodie species societatis universalis : altera universorum *bonorum præsentium ;* altera universorum quæ ex quæstu veniunt, seu universorum *quæstuum ;* art. 1836. Prior complectitur omnia bona mobilia et immobilia quæ nunc possident socii, et quæstus ex iis proventuros : possunt etiam conferri quælibet alia lucra ; sed bona obventura per successionem, donationem aut testamentum non possunt conferri in societatem nisi quoad fruitionem : prohibetur conventio quâ conferretur eorum bonorum proprietas, nisi inter sponsos ; art. 1837. Igitur non admittitur societas bonorum futurorum : cùm prohibeatur eorum bonorum donatio, visum est non debere permitti societatem quâ ea prohibitio facilè eluderetur. Posterior complectitur quidquid acquirent socii per suam industriam, quocumque titulo, durante societate : item mobilia quæ possident tempore contractûs ; immobilia autem personalia quoad fruitionem tantùm ; art. 1838. Non conferuntur lucra obvenientia, v. g., ex successione, donatione, etc.

Possunt illæ duæ species per conventionem expressam simul con-

jungi; art. 1836. Sed quando inita est societas universalis absque alia explicatione, intelligitur tantùm societas quæstuum; art. 1839. Quæcumque intendatur, lex statuit eam locum habere non posse inter personas inhabiles ad sibi invicem donandum, vel in quarum bona aliquis habet jus reservationis; art. 1840 : cùm sæpe una pars plus conferat quàm altera, hæc societas præsumitur esse donatio.

II. *De societate* PARTICULARI. Eo nomine designatur quæcumque societas quæ non est universalis sensu exposito. Unde definiri potest : Societas quæ certas res determinatas, vel illarum usum, vel fructus ex eis percipiendos, vel aliquam negotiationem aut artem complectitur; art. 1841, 1842. Hinc intelligitur quàm varia esse possint societatum particularium objecta. Sed possunt ad duas classes reduci, civiles, et commerciales : posteriores subjiciuntur regulis specialibus; art. 1873. Ab invicem distinguuntur ex objecto seu fine; commerciales dicuntur societates initæ ad exercendum commercium, vel eliciendos actus commercii; cæteræ civiles nuncupantur. Quinam autem actus censeantur commerciales determinat Codex commercii, art. 632, 633.

467. III. *De societatibus* COMMERCII. In Codice commercii, art. 19, tres admittuntur societatis species : *en nom collectif, en commandite, anonyme;* quibus additur, art. 47, *l'association en participation.*

1° De societate *en nom collectif.* Ea est quâ exercetur commercium sub nomine sociali, *sous une raison sociale;* art. 20 : id est, adhibentur nomina eorum aut quorumdam ex eis qui efformant societatem, et ex his nominibus constituitur subscriptio requisita in omnibus actibus, ut distinguantur ab iis quos socii elicere possent proprio nomine, seu ut privati. Hujusmodi societas nonnisi scripto ineunda est; art. 39 : et scriptum debet reddi publicum eo modo qui determinatur art. 42 et seq. Semel efformatâ societate, aliquando nominatur unus vel plures qui hujus negotia gerant, et possint subscribere nomine sociali; tunc alii excluduntur : si verò non fiat hæc delegatio, quilibet e sociis administrare et subscribere potest. Porrò acta eorum qui jus habent subscribendi ligant omnes socios, quando inita sunt sub nomine sociali; art. 22.

2° De societate *en commandite.* Hæc duplicis generis socios complectitur, quorum alii vocantur commendantes, gallicè *Commanditaires,* seu *Associés en commandite;* alii commendatarii, gallicè *Commandités.* Scilicet commendantes subministrant tantùm pecuniam, sunt, ut dicitur, *simples Bailleurs de fonds;* art. 23 : non tenentur de damno nisi secundùm ea quæ contulerunt aut conferre debuerunt in societatem; art. 26 : nullatenus possunt gerere negotia societatis, etiam cum mandato commendatariorum; art. 27. Commendatarius autem, vel, si plures sint, commendatarii soli societatis negotia gerunt, sub nomine sociali, quod debet esse nomen unius aut plurium ex ipsis; art. 23 : prorsus excluso nomine cujuslibet e commendantibus; art. 24. — Hinc intelligitur, quando plures sunt commendatarii, concurrere simul societatem *collectivam* quoad ipsos, et societatem *en commandite* quoad cæteros; art. 24. Sed simul patet quàm sedulò distingui debeant commendantes a commendatariis : isti enim tenen-

tur in solidum et personaliter; cæteri verò non seipsos præcisè obligant, sed tantùm ea quæ in societatem contulerunt. Hinc licèt hæc societas scripto iniri, et publica fieri debeat eodem modo ac societas *en nom collectif*, ex art. 39, 42 et seq., non requiritur tamen ut exprimantur nomina commendantium; art. 43. Hinc etiam plurimi interest commendantium ut in actu societatis clarè exprimatur ipsos non obligari ultra id quod conferunt, seu ipsos esse tantùm commendautes, non autem membra societatis collectivæ : nisi enim illud exprimatur, habebuntur ut socii ordinarii, et tenebuntur de universo societatis damno.

3° De societate *anonyma*. Hæc non habet nomen sociale, nec designatur nomine ullius e sociis; art. 29 : nomen accipit a suo objecto; art. 30. Est potiùs societas summarum, quàm personarum. Nullus e sociis tenetur in solidum, et ideo quilibet non amittit nisi quod contulit; art. 33. Summæ administrantur per delegatos ad tempus, et revocabiles, sive socios, sive non, sive gratuitos, sive stipendio conductos, qui non tenentur nisi de exsecutione mandati suscepti; art. 31 et 32. Illæ societates vocantur *Compagnies*, quando agitur de rebus magni momenti. Non possunt iniri nisi per actum authenticum, art. 40. Pro iis prævia Regis requiritur approbatio; art. 37. Summæ sunt in varias partes divisæ quæ vocantur *Actions*, et possunt esse objectum negotiationis : dividitur lucrum inter socios, et pars quæ unicuique obtingit dicitur *Dividende*.

4° De societate quæ dicitur *Association commerciale en participation*. Non est propriè dicta societas, cùm totum negotium non sit commune, nec quilibet censeatur agere nomine aliorum : sed est mera participatio lucro et damno pro uno aut quibusdam negotiis specialibus. Non subjicitur iisdem formis ac aliæ societates; art. 50 : ordinatur ex conventione partium; art. 48; et quâcumque viâ probari potest; art. 49. Qui sic participant non obligantur in solidum erga extraneos, quoad actus quos separatim eliciunt.

Observandum superest discussiones quæ oriuntur inter socios ratione societatis commercii, judicari debere modo speciali, quem statuit Codex commercii, art. 51 et seq., scilicet per arbitros qui vel ab ipsis sociis eliguntur, vel in eorum defectum designantur ex officio per tribunal commercii; art. 55.

468. IV° *De* JURIBUS ET OBLIGATIONIBUS SOCIORUM, sive erga se invicem, sive erga extraneos (*les tiers*). De hoc duplici respectu seorsim loquemur cum Codice civili.

I. *De juribus et obligationibus sociorum* ERGA SE INVICEM. — Cùm hæc jura et obligationes non vigeant nisi quatenus subsistit societas, determinat Codex civilis quandonam hæc incipiat, quandonam finem accipiat. Initium societatis ab ipso contractûs instanti repetendum est, nis alia assignetur epocha; art. 1843. Si autem de duratione

societatis nihil statuerint contrahentes, inita censetur pro tota sociorum vita, cum restrictione art. 1869 sancita; vel si agatur de negotio quod nonnisi limitatum tempus habeat, pro toto illo tempore; art. 1844. His positis, ad 5 præcipua capita reduci possunt quæ hic statuuntur : 1° de obligationibus sociorum erga societatem; 2° de obligationibus societatis erga socios; 3° de determinatione seu partitione lucrorum et damnorum; 4° de administratione societatis; 5° de sociis adjunctis.

469. I. *De obligationibus sociorum erga societatem.* Tres præcipuæ investigari possunt. — 1° *De parte a quolibet contrahente in societatem conferenda*, gallicè *de l'apport, ou de la mise.* Quilibet socius debitor est erga societatem rei quam conferre promisit; art. 1845. Non dicitur debitor erga alios socios, sed erga societatem, seu erga personam illam moralem de qua locuti sumus (n° 464). Si illa pars consistat *in corpore certo*, socius tenetur illud tradere societati : et si societas evincatur, tenetur debitor ad assecurationem, quemadmodum venditor erga emptorem; art. 1845. Si consistat in *pecuniæ summa*, debetur auctarium a die quo tradi debuisset, et quidem pleno jure, absque ulla petitione; art. 1846 : illudque verum est in conscientia, tum quia haberi potest ut in parte a socio afferenda virtualiter inclusum; tum quia, cùm socius ille participet lucro societatis, adest compensatio. Demum si socius *industriam suam* promiserit, societati debet omnia lucra quæ ex industria promissa percepit; art. 1847.

2° *De lucro per socium educto e fundo communi.* Si socius pecuniam communem acceperit, vel in proprios usus adhibuerit, omnimodè, etiam morâ non interveniente, præstare debet hujus auctarium; et compensare damna illata, si majora fuerint; art. 1846. Imò licèt non agatur de fundo communi, non potest socius proprium commodum præferre commodo societatis. Illud supponunt quædam legis dispositiones. Sic si unus e sociis sibi personaliter obligatum habeat pro summa exigibili debitorem qui sit eodem modo obligatus erga societatem, non potest debitum suum integrum recipere, cum damno societatis :

sed solutio proportionatè imputanda erit super utroque debito, nisi socius totam imputaverit super debito societatis; art. 1848. Pariter si in casu debiti communis erga societatem unus e sociis partem suam integram receperit, tenetur hanc ad societatem conferre. Ita art. 1849, qui, licèt loquatur tantùm de debitore qui est solvendo impar, ab auctoribus ad omnes casus extenditur.

3° *De damno per socios illato societati*. Quilibet socius tenetur erga societatem de damnis culpâ suâ illatis, nec potest ea compensare per lucra quibus per suam industriam in aliis negotiis societatem auxit; art. 1850. Vid. suprà (n° 170). *Non compensatur compendium cum negligentia*, ut dicitur in jure : lucra pertinent ad societatem, et socius adhibendo suam industriam officio suo tantùm satisfecit, nec ideo jus habet ad ullam compensationem.

470. II. *De obligationibus societatis erga socios*. Illæ obligationes spectare possunt vel ad partem a quolibet socio collatam, vel ad compensationem (*l'indemnité*) aliquando sociis debitam.

1° *Quoad partem a quolibet socio collatam*. Videndum est an ipsum rei dominium fuerit collatum, an verò tantùm usus seu fruitio. In priori casu, principium generale est res collatas non remanere sub dominio socii conferentis, sed transire in dominium societatis. Exinde determinari possunt obligationes societatis, seu (quod in idem recidit) jura sociorum. Quamdiu durat societas, quilibet socius non habet nisi jus quasi conditionatum, seu, dissolutâ societate, determinandum : eâ autem dissolutâ, potest solùm postulare partitionem; sed non potest præcisè rem a se collatam exigere in natura, quia hæc facta est communis, et proinde inter omnes dividenda : aliud autem dicendum foret, si non ipsum dominium, sed fruitionem tantùm contulisset socius; tunc, cùm dominium retinuisset, posset in fine societatis rem suam sibi vindicare. Ipsa autem societas debitrix est, et quidem corporis certi, si dominium non acquisierit; quantitatis verò seu objecti indeterminati, si acquisierit.

Hinc dignosci potest cui res pereat. 1. Si collata sit in

societatem *quoad dominium*, societati perit, ut facilè intelligitur, et admittunt omnes jurisperiti. Nec obstat art. 1867, qui loquitur de re nondum in societatem collatâ, ut infrà (n° 475) exponemus. 2. Si *quoad fruitionem tantùm* collata sit res certa et determinata, nec usu consumptibilis, est periculo socii qui illius dominium retinet; art. 1851 ; igitur, si pereat casu fortuito, seu sinè culpa societatis, perit socio, seu domino. Hæc est regula generalis. Sed statim subjiciuntur quatuor exceptiones, seu casus in quibus socius censetur sibi reservasse jus ad valorem rei finitâ societate. Prima est de rebus primo usu consumptibilibus, seu *fungibilibus;* hæ pereunt societati, et eâ dissolutâ socius est creditor societatis, ut recuperet quod contulit, exceptâ tamen parte damni quam ut socius subire debet : in rebus hujusmodi non potest conferri fruitio nisi simul transferatur dominium, cùm res per fruitionem statim consumatur. Secunda est de rebus quæ *lapsu temporis deteriorantur ;* hæ pereunt etiam societati, non minùs ac res fungibiles : præsumendum non est voluisse socium res illas usu vel tempore detritas recipere; censetur ergo voluisse tantùm sibi reservare jus in earum valorem, relicto societati jure de iis disponendi quemadmodum de rebus fungibilibus. Tertia est de rebus collatis in societatem *ut vendantur ;* pereunt etiam societati, et censetur socius contulisse earum valorem quoad fruitionem tantùm : alioquin nullum sensum haberet clausula quâ sibi proprietatem retinuit. Quarta demum locum habet, quando res in societatem collata quoad fruitionem *æstimata fuit;* tunc applicatur axioma : *Æstimatio facit venditionem.* In eo autem casu, socius jus non habet nisi ad pretium æstimationis : cùm res illi non pereat, non debet illi meliorari.

2° *Quoad compensationem* aliquando sociis debitam. Socius recursum habet erga societatem, sive quoad summas quas pro ea persolvit, sive quoad obligationes quas bonâ fide suscepit, sive quoad pericula ejus gestioni annexa; art. 1852. Socius qui gerit negotia societatis habendus est ut mandatarius; ergo jus habet ad compensationem damnorum quæ pro mandati exsecutione subiit.

471. III. *De partitione lucrorum et damnorum* inter socios. Deficiente speciali conventione, pars cujuslibet socii proportionata erit ei quam in societatem contulit : si unus non afferat nisi industriam, censetur idem contulisse ac ille qui minimam partem contulit ; art. 1853. Dicitur *Deficiente conventione*, quia vulgò expedit ut pars uniuscujusque determinetur : permittuntur quælibet conventiones ; statuitur solùm irritam fore eam quâ totum lucrum uni tribueretur ; item eam quâ res in societatem ab uno vel pluribus allatæ ab omni damno eximerentur ; art. 1855. Eo articulo prohibetur societas quæ vocatur *Leonina*, in qua nempe non servatur justa inter socios lucri et damni proportio quam exigit scopus per societatem intentus. Illud duplici modo fieri posse indicat articulus.

1° *Si unus* e sociis *omnino excludatur a lucro*, irrita est conventio. Non exigitur ut omnes eamdem partem habeant ; potest enim per aliam viam institui inter eos æqualitas, vel si non instituatur, sequetur tantùm societati adjunctam esse donationem : sed exigitur aliqua, et quidem seria et rationabilis, communio lucri, alioquin deficit scopus societatis, ut patet. Non ideo tamen reprobatur conventio ex qua totum lucrum pertinebit ad eum qui superstes erit, *au survivant des associés :* est conventio aleatoria, in qua quilibet exponitur periculo parte suâ carendi et habet spem totum obtinendi. Confirmari potest ex art. 1525, qui eam inter sponsos permittit, nec donationem reputat.

2° Si contrà *unus* e sociis omnino *eximatur a damno*, quoad summas vel objecta in societatem collata, irrita pariter declaratur conventio. « Il est de l'essence de la » société, *inquit* Troplong, qu'il y ait participation aux » risques : en ôtant cette participation, on détruit la so- » ciété. Les canonistes se sont appliqués à faire ressortir » cette vérité ; elle a été leur arme la plus puissante pour » bannir l'usure de ce contrat. Les civilistes qui se sont » renfermés dans les principes, n'ont pas été moins exacts » à la maintenir dans sa sévérité. »

Id tamen aliquâ explicatione indiget. Quoad eum qui affert *tantùm industriam*, etsi aliquando dicatur nullam

partem damni sentire, cùm tamen exponatur periculo amittendi fructum sui laboris et industriæ, verè est particeps damni. Si verò pacisceretur de lucro in omni eventu sibi tribuendo, tunc esset locatio operarum, quæ valida esse posset, sed tolleret societatem, vel ei tantùm admisceretur, prout esset pretium integrum operæ, vel tantùm partiale. Quoad eum verò qui confert *pecuniam*, major est difficultas, an possit etiam a quolibet damno eximi, sive quoad sortem seu pecuniam allatam, sive quoad lucrum : seu aliis verbis, an possit ab altero socio obtinere assecurationem sive sortis, sive lucri, sive utriusque ? Injusta profectò foret talis conventio, si nulla institueretur compensatio in gratiam alterius socii : sed non ita constat quid dicendum, si ipsi in compensationem relinquatur pars lucri sperati, ultra id quod ei debetur vi ipsius societatis. Huc spectat celebris illa controversia *de Tribus contractibus*, seu de *Contractu trino*, de qua opportuniùs dicetur ubi *de Usura* (nº 579 et seq.).

472. IV. *De administratione societatis.* Si fuerit inita aliqua eâ de re conventio, huic standum est. Seclusâ conventione, vel designatus fuit societatis administrator, vel non. 1° Si fuerit designatus administrator, habetur ut mandatarius societatis; diverso tamen titulo, prout designatus fuit in ipsa societatis efformatione, vel postea : in priori casu, quæcumque ad societatis administrationem pertinent præstare potest, etiam reluctantibus sociis, modò sinè fraude agat, et revocari non potest nisi ex causa legitima; in posteriori, potest revocari ut simplex mandatarius; art. 1856. Si pluribus sociis commissa fuerit societatis administratio, nec determinatæ fuerint cujuslibet functiones, nec statutum ut alter sinè altero agere non possit, quilibet potest separatim elicere omnes actus hujus administrationis; art. 1857. Si verò statutum fuerit ut unus non possit agere sinè altero, non poterit reipsa agere, etiamsi alter hìc et nunc versaretur in impossibilitate concurrendi ad actus administrationis; art. 1858. 2° Si non fuerit designatus administrator societatis, hæc per legem statuuntur ; art. 1859, 1860. 1. Censentur socii sibi invicem concessisse facultatem ut administret alter pro altero : quod præstat quilibet, valet pro aliis, etiam non expetito eorum consensu; salvo tamen jure quod singulis competit sese opponendi negotio nondum perfecto. 2. Quilibet potest uti rebus societatis, modò eas adhibeat ad usum ex consuetudine determinatum, nec contra bonum societatis, aut eo modo quo cæteri socii impediantur uti jure suo. 3. Quilibet socius potest pariter alios obligare ad faciendas expensas necessarias pro conservatione rerum societatis. 4. Non potest unus e sociis aliquid

innovare circa immobilia quæ pendent a societate, etiamsi contendat id utile fore societati, nisi consentiant alii socii. 5. Socius qui non est administrator non potest alienare, vel oppignerare bona, etiam mobilia, quæ pendent a societate.

473. v. *De sociis adjunctis.* Quilibet socius potest, sinè aliorum consensu, sibi adjungere socium pro parte quam habet in societate: sed non potest, sinè eo consensu, eum adjungere societati, etiamsi ejus administrationem habeat; art. 1861. Novus ille socius vocatur ab auctoribus *Croupier*. Advertendum est eum non pertinere ad primævam societatem, sed efformare novam societatem cum eo qui illum adjungit: *Socii mei socius, meus socius non est*, ait jus Romanum.

474. II. *De obligationibus sociorum* ERGA EXTRANEOS (*les tiers.*) Triplex distingui potest hypothesis. — 1° Quando unus e sociis contraxit proprio et privato nomine, seipsum solum obligat; nec obligantur alii socii erga tertium qui cum eo contraxit et fidem ejus secutus est. — 2° Quando unus e sociis contraxit sub nomine sociali, illud non sufficit ut obligetur societas; alioquin posset socius per suam temeritatem aut malam fidem societati gravissimum damnum inferre: requiritur insuper ut vel ille socius acceperit facultatem agendi nomine sociali, vel res in lucrum societatis versa fuerit; art. 1864. Sed quando hæc concurrunt, obligantur omnes socii: et quidem in *societatibus civilibus*, socii non tenentur in solidum erga tertium; art. 1862: sed debitum inter eos ex æquo dividitur, etiamsi diversam partem in societate habuerint; nisi aliud statutum fuerit in ipso societatis actu; art. 1863: censetur, extra hunc casum, creditor ignorare quænam fuerint variæ sociorum partes in societate. Si tamen lucrum eduxerit societas, quilibet tenebitur secundùm partem quam habet in societate, quia juxta illam fuit particeps lucri. In *societatibus commercialibus*, generatim socii obligantur in solidum, quando non sufficiunt bona ipsiusmet societatis; ita pro societatibus collectivis; art. 22 Codicis commercii: sed satis patet ex antea dictis non dari hanc solidaritatem in societatibus aliis, ut intelligitur ex art. 26, 32, 33 Cod. comm. — 3° Quando omnes socii contraxerunt privato suo nomine, omnes profectò obligantur, sed generatim non in solidum: creditor qui cum pluribus contraxit, ignorare non debuit quemlibet non teneri nisi pro sua parte virili. Aliud

tamen statuitur pro societatibus commercialibus, ita exigente naturâ commercii. Id deducitur ex art. 1862, et ex art. 22 Codicis commercii. Ita saltem TROPLONG.

Nota. De juribus sociorum erga extraneos nihil peculiare statuitur in jure. Sed ex principiis generalibus, cùm societas efformet corpus morale, qui cum ea contraxerunt debitores sunt societatis, non verò singulorum sociorum : debent ergo solvere, modò eis occurrat qui societatem legaliter repræsentet.

475. V° Quinque DISSOLUTIONIS CAUSÆ assignantur in Codice civili, art. 1865. — I. *Per lapsum temporis assignati.* Quando elapsum est tempus pro quo inita est societas, hæc statim pleno jure dissolvitur; quia dispositio facta pro certo tempore ultra illud non extenditur : si velint socii protrahere societatem ultra tempus assignatum, requiritur unanimitas sociorum; alioquin societas diversa efformaretur. Insuper illa prorogatio probari nequit nisi iisdem formis quibus probatur ipse contractus societatis; art. 1866 : id est, applicari debent quæ statuuntur art. 1834. De societatibus commercii, vid. art. 46 Codicis commercii.

II. *Per exstinctionem rei,* vel consummationem negotii. Facilè intelligitur consummato negotio, cessare societatem pro illo gerendo susceptam. Concipitur etiam exstincto societatis objecto, non posse subsistere societatem. Varii tamen casus sunt distinguendi, ut intelligatur art. 1867, quem omnino elucidasse videtur TROPLONG. Si unus *promiserit* se collaturum in societatem dominium alicujus rei, et nondum contulerit, v. g., si agatur de re determinata quæ nondum est penès ipsum, sed quam emere vel alio modo obtinere sibi proponit, hujus rei interitu dissolvitur societas erga omnes socios; ita prima pars articuli : ratio est quia ubi unus e sociis non potest conferre suam partem, jam tollitur æqualitas, nec proinde alii erga ipsum obligari possunt. Si collata sit in societatem *mera fruitio,* dominio penès socium retento, societas pariter dissolvitur interitu rei : tollitur æqualitas, et deest objectum essentiale societatis. Sed id non applicatur rebus quæ, ex art. 1851, pereunt societati (suprà n° 470). Tandem si *rei dominium jam in societatem collatum sit,* distinguendum est. Si sit unicum societatis objectum, dissolvitur societas, quæ sinè objecto stare nequit. Item, si sit tanti momenti ut, eâ sublatâ, jam censeri nequeant alii socii voluisse efformare societatem. Extra hos casus, non dissolvitur societas. Etenim ex una parte, res in dominium societatis collata perit societati; ex altera, superest sufficiens societatis objectum : nulla est igitur ratio cur dissolvatur societas. Et talis est sensus ultimæ partis articuli 1867.

476. III. *Per mortem unius e sociis.* In jure Romano non solùm dissolvebatur societas per mortem unius e sociis, sed non licebat pacisci ut protraheretur ad defuncti hæredem. Hodie, ex art. 1868, pa-

cisci licet de societate cum hærede protrahenda. Imò sunt quædam societates quæ ex natura sua, et absque speciali pacto, non dissolvuntur per mortem unius socii, cujus vicem statim accipit hæres. Tales sunt societates anonymæ, et illæ quarum *actiones*, ut dicitur, possunt ab uno ad alium transferri : sunt enim efformatæ non respectu personarum, sed respectu negotii. Possunt etiam socii pacisci ut societas, uno defuncto, protrahatur inter superstites : tunc hæres defuncti jus habet ad partem quam iste habebat in societate, ratione habitâ statûs societatis tempore mortis; sed partem non habet in juribus subsecutis, nisi sint consectarium necessarium negotii ante mortem suscepti ; art. 1868.

IV. *Per mortem civilem, interdictionem, aut decoctionem* (*la déconfiture*) unius e sociis. In his omnibus casibus ita mutatur socii illius status, ut censeri non possit societas pro his inita. In casu decoctionis, possunt cæteri socii, si velint, societatem non dissolvere, modò tunc patiantur incommoda interventûs creditorum decoctoris. Illud saltem plures propugnant.

V. *Per voluntatem unius e sociis.* Ita statutum fuit propter incommoda oritura ex societate quæ perseveraret inter invitos. Sed ea facultas non conceditur, nisi positis quibusdam conditionibus. 1° Ut societas inita fuerit pro tempore illimitato, id est, dum vivunt socii ; art. 1869 : si inita fuerit pro tempore limitato, exspectandum est donec elapsum fuerit. 2° Ut petitio fiat bonâ fide; art. 1869 : censetur autem non esse bonæ fidei socius qui vult sibi soli vindicare lucrum quod omnes in communi intendebant; art. 1870. 3° Ut petitio fiat tempore opportuno; art. 1869 : censetur autem non ita fieri, quando res non sunt integræ, et interest societatis ut non statim dissolvatur; art. 1870 : v. g., quia jam impensæ factæ sunt, quæ per dissolutionem inutiles fient. 4° Ut petitio innotescat omnibus sociis; art. 1869 : si vel uni non innotescat, perdurat societas istius non solùm erga renuntiantem, sed erga omnes alios.

VI. Tandem etiam in societatibus limitatis, potest dissolutio postulari ab uno e sociis, *quando adest justa causa*, v. g., inexsecutio obligationum ex parte alterius socii, illius inhabilitas ad negotia societatis, et alia similia secundùm arbitrium judicis; art. 1871.

Dissolutâ societate, dividendus est fundus societatis. In illa divisione standum est regulis præscriptis quoad partitionem hæreditatis; art. 1872. Quædam tamen ex iis regulis non sunt hìc applicandæ, v. g., quæ statuuntur art. 815, 819, 882, et probabiliùs art. 841. Sed antequam ad partitionem procedatur, plerumque multa adhuc præstanda sunt, ut perficiantur negotia incœpta, ut constet de vero statu societatis, etc. Ideo in societatibus commercialibus designari solent unus aut plures mandatarii, gallicè *liquidateurs*, qui ea omnia præstent quibus societatis negotia ad plenum exitum deducantur : cùm illi omnium nomine agant, quodammodo stat societas, seu, ut dici solet, *La société ne subsiste plus que pour la liquidation.* Idem fieri potest in societatibus civilibus.

CAPUT VIII.

DE CONTRACTU DEPOSITI.

477. « Depositum est, ait **Ulpianus**, quod custodiendum alicui datum est. » Eo nomine designatur, in jure, et in consueto loquendi modo, vel res ipsa quæ custodienda datur, vel conventio quâ datur : art. 1915, 1941, 1944.

Duplex distinguitur : depositum propriè dictum, et sequestrum : art. 1916. Istud locum habet quando res de qua est controversia alicui tertio custodienda traditur, eo fine ut postea reddatur ei cui adjudicabitur. De utroque sigillatim dicemus.

Art. 1. *De deposito propriè dicto.*

478. Depositum propriè dictum definitur : *Contractus quo res alteri custodienda committitur et ab eo suscipitur cum onere eamdem postea reddendi.*

Dicitur 1° *Contractus*, et quidem 1. *realis* : necessariò enim exigit traditionem rei, vel realem, vel fictam ; art. 1919 : antea non est perfectus in genere suo, quamvis possit valida esse conventio (vid. n° 7). 2. *Synallagmaticus*, seu *bilateralis*, sed tantùm imperfectus ; quo sensu exposuimus (n° 4.) 3. *Non solemnis*, quia variæ formæ non requiruntur nisi ad probationem. 4. *Gratuitus*, et quidem essentialiter ex art. 1917. Supponit tamen art. 1928 aliquando adesse salarium : tunc juxta multos, est potiùs locatio operæ ; quod in idem ferè recidit quoad praxim. Sed in materia commercii depositum non præsumitur gratuitum. — 2° Quo *Res*, nempe mobilis : nonnisi enim res mobiles possunt esse objectum depositi ; art. 1918 : quoad eas solas verificari potest finis depositi. — 3° Alteri *Custodienda committitur* ; quia hic est finis depositi : et quidem finis essentialis, adeò ut adsit vel depositum, vel alius contractus, prout custodia rei est, vel non est, præcipuus et primarius conventionis scopus. — 4° *Et ab eo suscipitur*, quia necessarium est ut utriusque consensus concurrat : et quidem in eumdem contractum depositi, et circa eamdem rem custo-

diendam et reddendam (vid. n° 22). — 5° *Cum onere eamdem postea reddendi*, scilicet non tantùm rem similem aut ejusdem speciei, sed eamdem *in individuo*, seu, ut fert, art. 1932, *identicè*. Facilè id intelligitur ex fine depositi : et verum est, etiamsi agatur de summa pecuniæ, vel de aliis rebus fungibilibus : reddi debent eadem corpora, seu eædem species, sive earum valor interim imminutus, sive adauctus fuerit; art. 1932. Ex his concludunt jurisperiti dominium, imò et possessionem rei depositæ remanere penès deponentem, non verò transferri in depositarium, qui rem solummodo detinet loco et nomine deponentis.

Duplex in jure distinguitur depositum, voluntarium nempe, et necessarium : de utroque sigillatim dicemus.

479. I° *De deposito* VOLUNTARIO. — Depositum voluntarium illud est quod efformatur per consensum mutuum deponentis et depositarii ; art. 1921. Tria circa illud expendi possunt.

I. *Inter quas personas locum habere possit depositum?*

Duo principia statuit Codex civilis. — 1° Depositum regulariter fieri potest a *solo domino rei* depositæ, vel de ejus consensu expresso aut tacito; art. 1922. Admittunt tamen auctores nil obstare quin fiat depositum rei alienæ ; sed si desit consensus domini, iste poterit rem suam repetere.

2° Depositum fieri nequit nisi *inter personas habiles* ad contrahendum ; art. 1925 : si sint inhabiles, non poterunt subjici obligationibus quæ ex contractu depositi exsurgunt. Si alteruter tantùm sit inhabilis, hæc statuuntur. Si deponens sit inhabilis, depositarius habilis qui depositum accipit subjicitur omnibus obligationibus veri depositarii ; non potest excipere ex inhabilitate illius quocum contraxit; hic applicatur principium articuli 1126 : obligationis executio urgeri poterit a tutore vel curatore deponentis. Ita art. 1926. Si contrà inhabilis sit depositarius, deponens habet tantùm jus vindicandi rem, quamdiu remanet penès depositarium, vel illius pretium quatenus ex eo ditior iste effectus est; art. 1926 : orta est obligatio ratione rei, non verò ratione conventionis.

480. II. *De obligationibus depositarii*. Duplex distingui-

tur obligatio. — 1° Quoad *custodiam rei*. Tria includit. 1. Debet curam rei habere eamdem ac rerum propriarum; imò aliquando majorem : art. 1927, 1928. Sensum et vim horum articulorum jam (n° 170) exposuimus. 2. Non potest re depositâ uti sinè deponentis licentia expressa aut legitimè præsumpta; art. 1930. Si uteretur, posset, præter compensationem damnorum, variis pœnis plecti; art. 408 Cod. pœn. 3. Non debet investigare qualis sit res deposita, quando ipsi tradita fuit in arca occlusa, vel sigillo obsignata; art. 1931. Si violando secretum deponentis ipsi damnum aliquod inferret, illud reparare teneretur.

2° Quoad *restitutionem rei*, quatuor spectari possunt.

1. De *re restituenda*. Debet esse omnino *eadem*. Identitas autem constabit, vel scripto, vel ex probatione testimoniali, si valor depositi non superet 150 fr.: sed si superet, nec adsit probatio scripta, standum erit declarationi depositarii, sive circa ipsum factum depositi, sive circa rem quæ erat illius objectum, sive circa restitutionem; art. 1923, 1924. Reddi debet *qualis* nunc est : si deterior facta fuerit sinè facto depositarii, deterioratio cadit in deponentem; art. 1933 : sed si produxerit fructus, quos perceperit depositarius, tenetur illos restituere; art. 1936: secùs verò, si non perceperit. Si *absque culpa depositarii perierit*, v. g., casu fortuito, ad nihil tenetur depositarius. Si ablata fuerit per vim majorem, et ejus loco receperit depositarius pretium, vel aliquid aliud, debet istud restituere; art. 1929 et 1934. Pariter si hæres depositarii bonâ fide vendiderit rem quam depositam ignorabat, tenetur tantùm restituere pretium, vel, si illud nondum receperit, delegare actionem suam contra emptorem; art. 1935. Si *ex dolo vel culpa depositarii* factum sit ut rem ampliùs non habeat, tenetur ejus pretium restituere, et damna compensare, juxta principia generalia : quæ quidem obligatio extenditur ad ipsum rei emptorem, si particeps doli vel culpæ fuerit.

2. *Cui facienda restitutio*. Res restitui debet tantùm ei qui deposuit, vel cujus nomine deposita fuit, vel ei qui fuit ad eam recipiendam designatus; art. 1937. Non potest

depositarius exigere ut deponens probet se esse dominum rei : si tamen detegat rem esse furtivam, et dominum agnoscat, debet hunc præmonere ut rem repetat intra quoddam tempus determinatum; quo elapso, si dominus non repetat, liberabitur depositarius rem reddendo ei qui tradidit. Ita art. 1938. Si deponens mortuus sit naturaliter aut civiliter, res reddi debet tantùm ejus hæredi : si plures sint hæredes, et res dividi possit, restitutio fiet singulis, pro rata eorum parte; si sit indivisibilis, hæredes inter se convenire debebunt ad eam recipiendam; art. 1939. Si status deponentis mutatus fuerit, ita ut non possit rem recipere, quia amisit administrationem bonorum, restitutio fieri debet ei cui commissa est hæc administratio; art. 1940. Pariter si depositum factum fuerit a tutore, curatore, etc., quà tali, et finem acceperit hæc tutela aut administratio, restitutio fiet ei quem repræsentabat ille tutor; art. 1941.

3. *De loco restitutionis.* Si locus assignatus fuerit in contractu, depositarius debet rem huc transferre; si faciendæ sint expensæ, recident in deponentem ; art. 1942 : officium a depositario præstitum non debet ipsi esse damnosum. Si locus non fuerit designatus, restitutio fit in ipso depositi loco ; art. 1943.

4. *De tempore restitutionis.* Res reddi debet statim ac eam repetit deponens, etiamsi terminus assignatus fuerit; art. 1944 : cùm depositarius re uti nequeat, nihili ipsius interest retentio rei : terminus id efficit ut deponens non teneatur antea rem recipere. Excipitur casus quo facta fuisset oppositio judiciaria, vulgò *saisie-arrêt;* art. 1944.

481.—III. *De obligationibus deponentis.* Ex contractu depositi non exsurgunt, ex dictis in definitione, ullæ obligationes directæ et immediatæ ex parte deponentis : sed obligatur indirectè, seu *ex post facto*, ad compensandas impensas factas a depositario ad rei conservationem ; item et damna quæ occasione depositi passus est depositarius ; art. 1947 : id omnino postulat æquitas. Hinc potest depositarius rem retinere, donec ipsi persolutum fuerit quidquid debetur ratione depositi ; art. 1948.

482. II° *De deposito* NECESSARIO. Depositum necessarium locum

habet in duplici casu. — I. In casu *incendii, ruinæ, naufragii*, etc.; dicitur necessarium, quia tunc non eligitur depositarius, ut patet; sed res committitur primo occurrenti. Vocatur etiam depositum *miserabile*. Dispositio peculiaris est, quòd probatio testimonialis admitti possit, etiamsi valor superet 150 fr.; art. 1950: ratio est, quia probatio scripta haberi non potuit. Sed aliæ regulæ depositi voluntarii applicantur deposito necessario; art. 1951.

II. Huic deposito miserabili æquiparatur per legem depositum quod fit apud caupones seu stabularios (*les aubergistes ou hôteliers*), quoad objecta nempe quæ afferunt viatores qui apud ipsos hospitantur; art. 1952. Quamvis non adsit necessitas ejusdem generis, occurrit eadem ferè ratio. Porrò hæc duo statuuntur; quæ applicari docent jurisperiti, non solùm cauponibus strictè sumptis, sed et similibus, v. g., *logeurs en garni, baigneurs publics, teneurs de billards et de cafés, restaurateurs*. 1° Admittitur probatio testimonialis, licèt valor superet 150 fr.; art. 1348. Moraliter impossibile fuit habere probationem scriptam. 2° Caupones tenentur de furto vel alio quocumque detrimento rerum ad viatores pertinentium, sive furtum vel detrimentum auctores habuerit domesticos, sive extraneos per domum vagantes; art. 1953. Eatenus excusantur, quatenus probant furtum factum fuisse cum armis vel per vim majorem; art. 1954. Illæ legis dispositiones respiciunt non tantùm objecta commissa cauponi aut ejus famulis, sed et simpliciter illata in domum, *apportés par le voyageur*, ut dicitur in art. 1952: modò tamen viator probet ea fuisse allata, et ostendat quisnam sit eorum valor.

ART. 2. *De sequestro.*

483. Quando res litigiosa, seu de qua movetur controversia, apud aliquem deponitur eâ lege ut ei qui vicerit reddatur, genus illud depositi vocatur *Sequestrum, Sequestrarium, Sequestratio*: ille autem apud quem res deponitur dicitur *Sequester*. Apud nos, vox Gallica *Séquestre*, aliquando paritur designat personam, ut in art. 2060; sed plerumque sumitur pro ipso contractu. Duplex distinguitur: quando nempe res deponitur voluntate contendentium seu litigantium, vocatur *voluntarium*, seu *conventionale*; quando autem deponitur auctoritate judicis, dicitur *judiciarium*.

I. De sequestro *voluntario* hæc statuuntur. — 1° Potest non esse gratuitum; art. 1957. Tunc juxta dispositionem articuli 1928, sequester debet ob salarium quod percipit majorem curam adhibere in rei custodia. — 2° Potest pro objecto habere etiam bona immobilia; art. 1959. Cùm enim lites moveri queant de hujusmodi bonorum proprietate aut possessione, expedire potest ut interim donec controversia dirimatur nullus e contendentibus possessionem retineat. Differt ergo ex hac parte a deposito ordinario. — 3° Sequester non potest rem reddere antequam controversia soluta fuerit, nisi consentiant ii omnes quorum interest, vel nisi judex permiserit ex causa legitima; art. 1960. En aliud discrimen a deposito ordinario.

II. Sequestrum *judiciarium* fit auctoritate judicis. Locum habere potest in casibus quos assignat art. 1961 : sed illa assignatio non est limitativa : assignantur enim alii casus in Codice judiciali, art. 597, 681, etc.; imò relinquitur arbitrio judicis sequestrum præscribere quotiescumque expedire judicaverit ad servanda jura partium, vel ad decisionem causæ. Ita saltem DELVINCOURT. Sequester eligitur sive ab ipsis contendentibus, sive a judice : in utroque casu, subjicitur iisdem obligationibus ac in sequestro conventionali; art. 1963. Sequestrum hujusmodi non est ex natura sua gratuitum; salarium determinatur ab ipsa lege (*Tarif*, art. 34) : sequester tenetur adhibere in rei custodia curam boni patrisfamiliâs; art. 1962. Vid. suprà (n° 170).

CAPUT IX.

DE CONTRACTIBUS ALEATORIIS.

484. Contractus aleatorii, sic dicti ab alea (*coup de dé*), ii sunt, juxta POTHIER, in quibus illud quod ab uno datur aut promittitur est pretium periculi ab isto suscepti : vel, ut dicitur in Codice civili, quorum effectus, quoad lucra vel damna, ex parte utriusque aut saltem alterutrius contrahentis, pendent ab eventu incerto; art. 1104 et 1964. Illi contractus fiunt in gratiam utriusque contrahentis, sicque differunt a contractibus beneficentiæ seu gratuitis : differunt a strictè commutativis in eo quòd non detur præcisè res pro re, sed *periculum pecuniâ æstimetur*, ut loquuntur jurisperiti.

Jam verò, art. 1694 quinque contractus aleatorios recenset, e quibus duos ad leges maritimas remittit, nempe assecurationem et contractum nautici fœnoris, quem nos dicimus *Contrat à la grosse*, et de tribus aliis, scilicet ludo, sponsione, et censu vitalitio pauca statuit. Sed hi quinque non recensentur nisi exempli gratiâ, *tels sont*, etc. : unde per hæc non negatur adesse posse alios contractus aleatorios : modò nil in se injustum includant, nec reprobentur per legem, erunt validi et obligatorii. Multi sunt insuper contractus quibus admiscetur alea. Unde operæ pretium est tradere principia quibus regi debent hujusmodi conventiones. Agemus 1° de ludo, quia hujus occasione principia ponunt theologi et quæstiones expendunt quæ ad omnes contractus aleatorios referuntur; 2° et 3° de

sponsione, et loteria, quæ sunt species ludi; 4° de assecuratione; 5° de contractu nautici fœnoris, qui cum præcedenti magnam habet connexionem; 6° de transactionibus, quæ aliquid aleatorium involvunt. De censu vitalitio loquemur cum POTHIER et theologis ubi *de Censu* (n° 531).

ART. 1. *De ludo.*

485. Ludus generatim dicitur quodcumque ad animi relaxationem seu delectationem ordinatur. De eo sic spectato agunt theologi, ubi *de Temperantia*, et docent ludum esse in se licitum, imò aliquando necessarium; sed cavendum esse ab excessu. Sed ludus sæpe fit inter plures inter quos initur aliqua conventio: quo posito, jam pro contractu haberi debet, et ad præsentem materiam pertinet, si pretium aliquod adjunctum habeat. Sub eo respectu definiri potest: *Contractus quo ludentes inter se conveniunt de aliquo pretio victori cessuro.* Quamvis victor pretium recipiat nihil dans ex sua parte, non illud recipit gratuitò, sed in compensationem periculi quod subiit pretium illud solvendi, si alter fuisset victor. Triplex distinguitur hujusmodi ludorum species. Prima est ludorum qui merè pendent a ludentium industria, vel corporali exercitatione, et nihil aut ferè nihil a fortuna seu casu fortuito. Secunda eorum qui omnino pendent a casu, et vix aut ne vix quidem ab industria. Tertia demum mixta est eorum qui reguntur partim industriâ, partim fortunâ: si industriâ et fortunâ concurrentibus, alterutra notabiliter prævaleat, ludus ad primam vel secundam speciem referendus est.

His præmissis, tria hic expendemus. 1° An et quatenus diversi illi ludi sint liciti; 2° quænam in eis existere debeant conditiones; 3° qualis obligatio inde exsurgat.

486. I° *An et* QUATENUS LICITI SINT *ludi cum pacto lucri pro victore?*—1. *Ex jure naturali.* Nulla adesset difficultas, si ageretur tantùm de ludo in quo exponitur summa modica, et qui esset vel meræ industriæ, vel mixtus. Sed si agatur de ludo aleæ, et in quo intendatur lucrum magni momenti, non pauci propugnârunt esse ma-

lum, non solùm propter prava consectaria, sed etiam in se : tum ob profanationem sortis, quam exhibent ut aliquid religiosum; tum ob irreverentiam erga Deum, cujus postulatur interventus in re tam levi. Sed cum plerisque theologis tenendum est, *ludum etiam omnino aleatorium non esse per se illicitum*. 1° Non est illicitus quatenus ludus præcisè, ut facilè intelligitur : ex eo enim obtineri potest animi oblectatio; referri potest etiam ad vitandum otium, et mala quæ ex otio sæpissime sequuntur. 2° Non quia adest pretium. Si enim habeatur ut contractus gratuitus, sicut possum dare gratis bonum meum, ita dare possum sub conditione eventûs futuri : si autem ut contractus onerosus, adesse potest æqualitas, ut modò exponemus, nec proinde læditur justitia. Insuper pretium inservire potest ad oblectationem sumendam : languent enim ludentium animi, quando nullum victori proponitur pretium. 3° Non quatenus aleatorius. Nam 1. alioquin essent damnandi omnes contractus aleatorii, item ludi mixti : quod tamen non admittunt theologi quos impugnamus. 2. Nullius roboris videntur argumenta quæ illi afferunt. Etenim potest quidem sors adhiberi ad aliquid religiosum ; sed non inde sequitur eam esse in se aliquid religiosum , quod ad usus profanos adhiberi nequeat : quotidie ad eam recurritur in divisione hæreditatum et multis aliis circumstantiis, nec quisquam existimat ideo committi profanationem. Pariter verum est per Providentiam sortem dirigi; sed non aliter quàm quoscumque alios eventus, seu modo generali : ergo nihil extraordinarium a Deo expetunt ludentes, neque irreverentiæ erga Deum accusari possunt, aut dici velle tentare Deum.

Non dissimulandum tamen multa mala sæpe e ludo oriri, ideoque esse valde periculosum : sæpe enim non servantur conditiones debitæ. Lusores multoties peccant tum erga Deum, tum erga proximum, tum erga seipsos, ut evolvunt theologi. Hinc sæpe deneganda absolutio iis qui aleæ sunt impensè dediti.

II. *Ex jure positivo.* Multas esse et gravissimas SS. Canonum sanctiones quibus *clerici* a ludo et aleis re-

moveantur nemo ignorat. His accessit auctoritas concilii Tridentini, sess. XXII, cap. I, *de Reform.* Ea evolvere non est præsentis loci. Stando in iis quæ respiciunt *quascumque personas*, sufficiat indicare quæ habentur in jure Gallico novo. Non prohibetur ludus etiam aleatorius; sed statuit Codex civilis, art. 1965 : « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu, ou pour le paiement d'un pari. » art. 1967 : « Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. » In Codice autem pœnali, art. 410, 475 et 477, decernuntur pœnæ contra eos qui instituerint forum aleatorium (*qui auront tenu une maison de jeux de hasard*), vel qui ludos publicè instituerint in vicis et plateis : et fisco addicuntur summæ quæ reperientur ludo expositæ, instrumenta et utensilia variaque objecta mobilia ad instruendam vel ornandam domum inservientia.

487. II° *De* CONDITIONIBUS *in ludo requisitis.*—Quædam conditiones requiruntur ut ludus sit justus, quædam verò ut sit *honestus et licitus* : istæ posteriores directè non spectant ad scopum nostrum; unde eas indicare sufficiat. 1. Ex parte *finis* : debet esse honestus, id est, referri ad levamen animi aut corporis, proximi sublevamen, etc. 2. Ex parte *summæ* quæ exponitur : debet esse modica proportionatè ad ludentis vires. 3. Ex parte *temporis* : cavendum ne nimium impendatur, præsertim ne necessarium ad obligationes implendas. 4. Ex parte *personarum* : attendendum quosdam ludos in se licitos nonnullas tamen personas minimè decere. 5. Tandem habenda est ratio *circumstantiarum* loci, temporis, etc. : ante ludum opportunum erit expendere, an liceat, an deceat, an expediat.

Sed exponendas habemus conditiones quæ requiruntur ad *justitiam* ludi. Ad quatuor præcipuas referuntur.

I^a est ut ludentes *possint disponere* de iis quæ ludo exponunt. Per se satis patet hujus conditionis necessitas.

Hinc 1° si unus exponat ludo rem furtivam, aut ad se non pertinentem, et alter eam lucretur, non potest iste

eam retinere, sed debet domino restituere, ut patet. Sed ex communi doctrina, ait DE LUGO, qui eam ludo perdidit tenetur erga ipsum de evictione. Positâ autem hâc obligatione, contractus non habetur ut irritus; ac proinde, ut docent auctores, si ille qui rem alienam exponebat ipse lucretur, poterit lucrum retinere.

Hinc 2° si quis ludat cum minore, uxore, aut aliis qui non habent liberam bonorum dispositionem, non potest lucrum retinere, sed debet restituere: (nisi agatur de summis modicis quæ censeantur eorum dispositioni omnino permissæ ab iis a quorum auctoritate pendent). Sed si minor ipse, v. g., lucretur, videri posset eum legitimè lucrari, quia ejus inhabilitas in ejus tantùm favorem a lege declarata fuit : et ita sentiunt plures. Sed dicendum cum aliis, in contractu deesse æqualitatem, cùm minor nullum subeat periculum; in quo iste contractus differt a cæteris contractibus onerosis, in quibus minor alterum obligans ipse saltem dat æquivalens : ergo nullum habet titulum vi cujus possit lucrum retinere. Si tamen alter cognoverit conditionem minoris, aliquando dici poterit adesse ex illius parte condonationem sufficientem; sed non putamus id regulariter præsumi posse ex parte illius qui cupiditate allicitur ad ludendum.

Occasione hujus primæ conditionis, quæri potest, quid sentiendum, *si ludantur preces sacræ*, quas victus teneatur recitare pro victore, pro animabus purgatorii, etc? — Usum illum redarguunt nonnulli, quibus videtur non satis religiosè misceri sacra cum ludicris. Verùm aliter sentiunt DE LUGO, et alii plures; et meritò. Nulla enim ibi adest irreverentia. Preces non constituuntur in ludi pretium, sicut cùm deponitur pecunia; neque sunt finis intentus in ludo : sed quæritur animi levamen, et adjicitur onus precum veluti quidam stimulus ad victoriam obtinendam. Sic e ludo desumitur occasio aliquid sacrum adhibendi quo aliquatenus ludus ipse sanctificetur : et decet, inquit quidam theologus, ut qui honestam in Ecclesia militante recreationem sumunt, aliquod Ecclesiæ patienti levamen procurent. Hinc talis est usus multorum piorum, et præsertim communitatum. — Duo tamen observanda monent allati auctores. Primum est, ne desit reverentia in sacris orationibus peragendis : meminerint victi jam non agi de ludo peragendo, sed de sanctis sanctè tractandis. Secundum, ut oratio sit ex utraque parte solvenda : si enim unus deberet preces fundere, alter verò aliquid temporale solvere, jam esset periculum simoniæ.

488. IIa *Conditio* est ut adsit *liber ludentium consensus*. Id evidenter sequitur ex principiis generalibus.

Hinc 1° si quis ludat cum semi-ebrio qui non est capax consensûs pleni, irritus est contractus : igitur, si lucretur, debet restituere; si verò lucretur semi-ebrius, applicari possunt quæ diximus de minore.

Hinc 2° si unus alterum injustè cogat ad ludendum, non concordant auctores. Juxta communiorem et veriorem sententiam, qui metum incussit non potest retinere lucrum; potest verò alter. Qui injuriam alicui intulit tenetur reparare damna quæ ex ea secuta sunt, et quæ prævidit fortè secutura : atqui damnum amissionis secutum est ex ludo ad quem injustus metus impulit; ergo reparandum est. Sed nihil tale occurrit quoad alterum : unde cum non teneri restituere si lucratus fuerit, patet ex omnium sensu, inquit Haunoldus.

Hinc 3° si unus e ludentibus habeat intentionem non solvendi, posito quòd vincatur, et utendi beneficio legum, dissentiunt pariter auctores. Nobis videtur distinguendum esse cum Billuart : si leges omnino irritent ludum, non valet contractus, quia non exsurgit obligatio, et qui non potest perdere, non potest lucrari : si verò denegent tantùm actionem, standum principio generali, juxta quod non requiritur ad contrahendam obligationem animus eam implendi (n° 16).

489. IIIa *Conditio* est ut fideliter observentur *ludi leges*. Si enim adhibeantur fraudes, committitur injustitia, ut patet : unde, ait Pothier, debet deceptor restituere non solùm lucrum quod percepit, sed illud quod alter alioquin fuisset percepturus. Ita etiam de Lugo, et in hoc conveniunt auctores, inquit Azor. Sunt tamen quædam astutiæ in se licitæ, et passim in ludis sicut in bello receptæ seu toleratæ. Ut secernantur ab illicitis, recurrendum est ad leges ludi, ad consuetudinem, ad conventiones ludentium, et ad judicium peritorum in hac materia.

490. IVa *Conditio* est *æqualitas* inter ludentes. Hujus conditionis necessitas sequitur ex eo quòd ludus sit contractus onerosus, in quo uterque emit spem lucrandi peri-

culo perdendi. Ita Pothier, et alii vulgò. Illa autem æqualitas triplici ex parte spectari potest : 1° ex parte conditionum : requiritur ut ambo ludant iisdem conditionibus, nisi unus in gratiam alterius cedat nonnullis; 2° ex parte pretii expositi : debet esse idem ex utraque parte, nisi unus censeatur alteri facere condonationem, vel nisi aliunde inæqualitas compensetur; 3° ex parte peritiæ : generatim videtur satis certum periculum debere esse ex utraque parte æquale ; quod locum non habebit, si ambo ludentes non sint moraliter ejusdem peritiæ : sed de hujus principii applicatione ad varios casus non ita constat. In ludis *merè aleatoriis*, nunquam deest æqualitas illa, ut patet. In ludis *mixtis*, si unus sit notabiliter peritior altero, non adest æquale periculum, ut patet. Potest autem compensari inæqualitas, si peritior vel augeat pretium, seu summam a se expositam, vel alteri concedat quædam commoda. Sed si non instituatur hæc compensatio, adest injustitia; et peritior tenebitur ad restituendum, si lucretur : illudque verum est, licèt alterum præcisè non deceperit, quia sicut in venditione et in aliis contractibus onerosis, qui damnum passus est ex inæqualitate contractûs eo ipso jus habet ad compensationem, sic in præsenti casu. Ita communis opinio, juxta de Lugo. Observat tamen Pothier, in eo casu non esse restituendum totum lucrum, sed locum esse tantùm reductioni proportionatæ, ita ut, v. g., si periculum duplo minus fuerit ex parte peritioris, possit retinere dimidiam partem : quoad illam adfuit æqualitas. In ludis *meræ industriæ*, notabiliter peritior vix ullum periculum moraliter incurrit; nihil igitur videtur retinere posse; ne minimam quidem summam : differt iste casus a casu ludi mixti, in quo verum periculum subiit ludens peritior.

Quid verò, si ludant *duo sibi invicem ignoti*, et unus sit longè peritior altero? — Dicendum videtur cum de Lugo, qui testatur in hoc auctores consentire, valere ludum : etenim uterque exponitur pari periculo inveniendi lusorem peritiorem; ergo adest æqualitas. Sed advertunt auctores, peritiorem, cognitâ veritate, non posse ludum

prosequi, nisi compenset aliquo modo inæqualitatem.

Observandum superest ea quæ diximus de inæqualitate peritiæ inter ludentes non esse applicanda quando agitur, non de ludo inito præcisè ad lucrandum vel perdendum, sed de lucro aut præmio proposito victori, ut fit, v. g., in concursu, seu ludis aut certaminibus publicis : tunc potest procul dubio præmium retinere is qui scit se esse omnibus aliis peritiorem. Nam præmia ista ad hoc præcisè proponuntur ut dentur iis qui cæteris præcellunt, et ludus est quasi examen ad inveniendum digniorem.

491. III° *Qualis* OBLIGATIO *exsurgat ex ludo?* — Si agatur de *ludo licito*, nulla videtur esse difficultas : solvere tenetur qui victus est, nisi obstent dispositiones legum. Illud certum est, ait BILLUART : apertè sequitur ex eo quòd ludus sit contractus justus, ac proinde obligatorius.

Si verò agatur de *ludo prohibito*, magna est opinionum conflictatio : solutio pendet a sensu et vi dispositionum legis quâ prohibetur. Nobis proinde sufficiat quæstionem solvere ex jure nostro novo.

1° *Non datur actio victori* ad exigendum quod ex ludo debetur ; art. 1965. Unde irriti declarantur chirographi, non solùm si in iis exprimatur hæc causa, sed si, aliâ expressâ, nihilominus probetur hanc esse veram causam. Excipiuntur quidam ludi exercitationis corporalis, qui indicantur art. 1966 : in quibus non includi ludum qui dicitur *le Billard* pluries judicatum fuit. Sed etiam in iis ludis si summa sit immodica, judices possunt rejicere postulationem : tunc enim satis patet ludentes intendisse lucrum, non verò exercitationem corpori utilem ; ac proinde applicanda est regula generalis : ideoque non est locus reductioni, sed denegatur actio. Ita jurisperiti.

2° Si pretium ludi jam voluntariè solutum sit, *non datur locus repetitioni*, nisi adfuerit dolus aut injustitia ex parte victoris ; art. 1967. Non eamdem hujus dispositionis rationem assignant varii jurisperiti.

Quidquid sit, cùm semper verum remaneat legem nihil aliud efficere quàm denegare actionem, dicendum est, quoties cumque servatæ sunt leges ad justitiam ludi requi-

sitæ, juxta principia jam exposita, victum teneri in conscientia ad solvendum, nec victorem obligari ad restituendum quod recepit. Et ita docent D. Bouvier, et alii theologi recentiores. Attamen monent communiter auctores, sæpe opportunum esse ut confessarius eos qui summam notabilem per ludum obtinuerunt obliget, per modum pœnitentiæ, ad eam erogandam pauperibus, vel etiam iis qui eam perdiderunt, si indigeant.

Art. 2. *De sponsione.*

492. Sponsio (gallicè *gageure, pari*) est *contractus quo duo vel plures de veritate aut eventu rei alicujus contendentes, conveniunt de præmio ei cessuro qui veritatem fuerit assecutus.* Ex hac notione intelligitur sponsionem esse 1° contractum *aleatorium :* ea species ludi quam aleam vocant (n° 485) nihil aliud est quàm sponsio. 2° Est contractus *consensualis,* in eo sensu quòd non exigat traditionem rei seu præmii, sed solo consensu perficiatur. 3° *Non solemnis,* qui nulli speciali formæ subjicitur.

His præmissis, duo sunt investiganda.— I. *Utrùm contractus sponsionis sit licitus?* Negaverunt quidam auctores, sicuti pro ludo. Sed affirmant communiter propter rationes allatas : adest ex utraque parte periculum amittendi et spes lucrandi Ita ex jure naturali. Ex jure civili, olim non concordabant jurisperiti : apud nos ex sponsione oriebatur actio coram lege, quando objectum bonum erat, causa honesta, et spondentes contrahendi capaces; secùs verò, quando deficiebat quædam ex his conditionibus. Hodie idem de sponsione statuitur ac de ludo : nulla conceditur actio; art. 1965 : visum est legislatori ex sponsione eadem timenda esse incommoda ac ex ludo. Applicanda sunt proinde quæ suprà diximus. Si sponsio pro objecto haberet ludum lege permissum, art. 1966, actio ex ea oriri posset.

493. II. *Quænam requirantur conditiones ut justa sit sponsio?* Tres præcipuæ assignari possunt.

I^a *Conditio* est, ut res seu eventus de quibus spondetur eodem sensu sumantur seu intelligantur ab utroque spondente : alioquin consensus duorum non ferretur in idem placitum, nec certò sciri posset cuinam victoria obtigisset.

IIa *Conditio* est, ut eventus utrique incertus sit; nam uterque debet incurrere idem periculum; hìc applicantur quæ diximus (n° 490) de æqualitate in ludo requisita. Hinc ille qui certus est de re de qua spondetur non potest regulariter spondere : sed si, se credens certum, ex negatione constanti alterius incipit dubitare, potest spondere; quia tunc in sua opinione se exponit periculo, sicque restituitur æqualitas. Demum, ille qui se certum credidit, et postea comperit se reipsa certum non fuisse, sed verè expositum periculo, potest retinere pretium sponsionis. In his consentiunt auctores, teste de Lugo.

Sed difficultas est, quando ille asserit alteri se esse certum, et iste nihilominus vult spondere. — Quidam admittunt tunc licitam esse sponsionem, quia ei qui versatur in errore non infertur injuria, et ipse sibi imputare debet. Veriùs alii universaliter negant, ait DE LUGO; alter ordinariè non credit; alioquin non sponderet. Deinde semper verum remanet deesse æqualitatem in contractu. Ut ergo lucrans retinere posset, requireretur condonatio alterius, ut ait BILLUART: quæ quidem condonatio præsumi potest quando agitur de modica summa; sed vix aliter.

III^a *Conditio* est, ut sponsio fiat de re licita, et non ad crimen ex se inductiva. Cùm enim dari non possit obligatio ad illicitum, evidens est sponsionem esse invalidam in eo sensu quòd spondentes teneantur abstinere ab opere de quo spoponderunt. Unde, ut ait DE LUGO, reprobandæ sunt sponsiones circa ingluviem aut potum, ut lucretur qui plùs comedet aut bibet, quæ sunt gravissimorum peccatorum causa.

Sed utrùm, opere posito, teneatur victus pretium solvere, non ita constat. Hæc quæstio solvenda est ex iis quæ diximus ubi de *Contractu sub conditione turpi*: unde, etiam impletâ conditione, non aderit obligatio solvendi pretium sponsionis, juxta ea quæ ibi docuimus (n° 205).

ART. 3. *De lucro per sortem, seu loteria.*

494. Lucrum per sortem illud est quod ex jacta sorte alicui cedit, seu, ut loquuntur alii theologi, quod obtinetur ex contractu sortium. Illud autem pluribus modis contingit. Quando multi dato pretio ad rem certam obtinendam, sorte experiuntur ad quem ea res pertinere debeat, dici consuevit loteria, quæ duplici præsertim modo instituitur: aliquando agitur de unico objecto, pro quo obtinendo omnes concurrentes quamdam pecuniæ summam deponunt aut promittunt, et sortiuntur cujusnam schedulæ possessor sit illud obtenturus, dum cæteri nihil accipiunt; aliquando plura sunt objecta, et e concurrentibus varii varia objecta lucrantur, vel quidam multum, quidam parum, quidam nihil.

Porrò, quamvis hujusmodi loteriam quidam theologi omnino reprobaverint, vulgò tamen docent eam in se nihil vitiosi includere, et proinde licitam esse, modò serventur debitæ conditiones. — *Prob.* 1° Ex penè unanimi omnium etiam timoratorum sensu. 2° Ex ratione. Loteria spectari potest vel ut ludus, quo ludentes aliquid exponunt iis cessurum quibus felix schedula obtigerit; vel ut contractus emptionis, quo pecuniam conferentes jus emunt sortiendi, et acquirendi illud quod sorte contigerit; vel ut donatio conditionalis, quam omnes faciunt sive in gratiam eorum qui aliquid consequentur, sive in gratiam eorum quorum utilitas in loteriæ institutione intenditur. Porrò sub illo triplici respectu facilè ostendi potest loteriam nihil habere in se vitiosi.

Dicitur 1° *In se*, quia agnoscendum est occasione loteriæ publicæ

et permanenter institutæ, qualis diu apud nos viguit, multa induci mala gravissima, sicut ex ludo generatim : unde ad mores publicos interesse visum est ut abrogaretur.

Dicitur 2° *Modò serventur debitæ conditiones,* quæ paucis exponendæ sunt. — Iª *Conditio* est, ut non violetur dispositio legis. Jam verò apud nos, ex lege 21 maii 1836, prohibitæ sunt omnes loteriæ. Excipiuntur tantùm, art. 5, « Les loteries d'objets mobiliers exclusi» vement destinées à des actes de bienfaisance ou à l'encourage» ment des arts, lorsqu'elles auront été autorisées dans les formes » qui seront déterminées par des règlements d'administration pu» blique. » Illæ autem formæ fuerunt determinatæ per edictum regium 29 maii 1844 : facultas requisita conceditur Parisiis a Præfecto politiæ, alibi a Præfectis, proponentibus Majoribus (*les maires*); sortitio fit sub inspectione auctoritatis municipalis, quæ invigilat ut omnes summæ perceptæ impendantur ad usum propter quem loteria fuit permissa. « Attamen, inquit D. Bouvier, ubique quædam insti» tuuntur loteriæ ad sustinenda pia opera destinatæ, ex consensu » expresso vel tacito magistratuum. A fortiori non prohibentur loteriæ » parvi momenti, quæ per modum ludi fieri solent. » Nihilominus opportunum est, ut parochi et viri ecclesiastici perspecta habeant legis civilis statuta, ne varia incommoda incurrant ex parte magistratuum qui non raro sunt erga ipsos parum benevoli.

IIª *Conditio* est, ut non adsit fraus sive in schedis educendis, sive in solvendo id quod promissum est. Si enim minuantur aut permutentur præmia lucrantibus proposita, si media adhibeantur ut tollatur æqualitas inter concurrentes, etc., facilè intelligitur committi injustitiam, quæ resarcienda erit ab eo qui hanc commiserit.

IIIª *Conditio* est, ut loteriæ institutor non recipiat ultra valorem rei in præmium propositæ nisi ex consensu planè libero concurrentium. Scilicet si quis loteriam instituat commercii causâ, non debet plùs moraliter eâ viâ lucrari quàm si alio modo rem venderet aut pecuniam impenderet : sed quando loteria instituitur ad indigentiæ levamen, vel ad bonum aliquod opus, potest, imò et debet, ne inutilis fiat, res distrahi supra suum valorem : sed tunc consentiunt concurrentes, qui intendunt ut promoveant bonum opus.

Art. 4. *De contractu assecurationis.*

495. Quando aliquis alterius periculum in se suscipit, sicque illud ab eo avertit seu eum securum reddit, dicitur *Assecuratio.* Hic contractus nunc receptissimus, veteribus olim incognitus fuisse videtur. Potissimùm inductus fuit circa merces transvehendas, et quidem quoad pericula maris : hinc hujus regulæ sancitæ fuerunt per leges quæ versabantur circa commercium maritimum. Sed deinde mos invaluit hunc contractum ineundi circa multò plura

objecta, et generatim circa ea omnia quæ alicui periculo exponuntur. Definiri potest : *Conventio quâ unus e contrahentibus erga alterum pro certo pretio se obligat ad compensanda damna rebus designatis fortè obventura in tempore et casibus per hanc conventionem prævisis.* Qui se obligat seu periculum in se suscipit, dicitur assecurator, *l'Assureur*, alter verò assecuratus, *l'Assuré :* pretium autem vocatur præmium, gallicè *Prime.* Ista contrahentium nomina, sicut et hæc definitionis verba, *Damna compensanda*, indicant verum et directum contractûs scopum esse aversionem periculi, seu damni reparationem, ac proinde requiri ut res aliquatenus intersit assecurati (*qu'il ait intérêt à la chose*) : et in hoc differt iste contractus a mera sponsione, cujus scopus est lucrum assequendum ex eventu qui spondentium non interest; unde magnum inter utrumque discrimen, cùm assecuratio habeat causam rationabilem et verè utilem, sponsio autem in sola alea fundetur: proinde non mirum quòd leges assecurationi faveant, sponsioni verò nullam protectionem concedant.

Jam verò agnoscunt omnes theologi *licitum esse* hunc contractum. Etenim 1° nulla ibi reperitur injustitia : periculum enim quod in se suscipit assecurator est pretio æstimabile, neque ullus est qui lubens aliquid non conferat ut periculum hujusmodi a se amoveat. Deinde uterque contrahens æqualiter lucro et damno obnoxius est : rei dominus, qui exponitur periculo eam amittendi, hanc quidem æquivalenter recipiet, si perierit; at, si non pereat, pretium pro assecuratione tunc frustrà datum amittet : assecurans autem potest lucrari pretium sinè labore; sed forsan tenebitur totum rei valorem solvere. Ergo est contractus verè aleatorius. 2° Est reipublicæ valde utilis : secura enim reddendo commercia, medium suppeditat quo multa negotia utilia instituantur quæ alioquin vix ullus tentare vellet, imò nec prudenter posset. Pariter extra materiam commercii assecuratio contra casus fortuitos aut eventus noxios præcavet multorum privatorum, imò et familiarum ruinam, et quidem sinè ullius damno, imò plerumque cum assecurantium lucro; quod multùm conferre ad bonum publicum facilè perspicitur.

496. Ut autem servetur in tali contractu justitia, has *conditiones* vulgò requirunt theologi : 1° ut pretium sit justum, seu proportionatum periculo quod suscipitur; 2° ut apud utrumque contrahentem dubium sit de eventu : si enim assecurans sciat rem jam esse in tuto repositam, vel si assecuratus sciat eam jam periisse, irritus est contractus; 3° ut assecurans habeat unde solvat, si res perierit : alioquin insignis est nebulo, qui perdere non valens, agit ut lucretur; 4° ut assecuratus nihil agat unde res majori periculo exponatur, ac exspectare debuit assecurans sive ex conventione inità, sive ex consuetudine et circumstantiis. 5° Addemus, ut serventur legum dispositiones : per se enim obligant, et insuper juxta earum tenorem pacisci censentur contrahentes.

Sed quoad legum applicationem duo observanda sunt. 1° Advertendum est quasdam legum dispositiones, et præertim plura ex iis quæ in earum expositione asserunt jurisperiti, nihil aliud esse quàm consectarium eorum quæ statuta fuerunt circa sponsiones (n° 492), ex quibus scilicet non oritur actio, sed quæ nihilominus vim habere possunt in conscientia : quando igitur eatenus tantùm reprobatur assecuratio, quatenus recidit in sponsionem, consectarium non debet extendi ultra principium ex quo educitur, sed hujusmodi assecurationi applicanda sunt quæ diximus de sponsione. — 2° Juxta art. 1964 Cod. civ. assecuratio regitur legibus maritimis. Sed illæ leges, quæ occurrunt in Cod. comm., art. 332 et seq., non respiciunt nisi assecurationes maritimas. Quando ergo agitur de assecurationibus terrestribus, recurri quidem potest ad has leges, tanquam ad regulam æquitatis, ex qua judicium feratur per analogiam in silentio legis : sed duplex adhibenda cautio. 1. Accuratè attendendum an perfecta adsit analogia : quemadmodum enim multa sunt principia omnibus assecurationibus communia, ita nec pauca reperiuntur assecurationibus maritimis peculiaria pro diversa objectorum et periculorum natura, quæ proinde non debent ad alias species extendi. 2. Si agatur de dispositionibus merè positivis, et quæ a voluntate legislatoris omnino pen-

dent, non sufficit analogia ut extendantur ad materiam pro qua latæ non fuerunt.

497. His generatim præmissis, paucis indicabimus quæcumque spectant ad contractum assecurationis, quæ ad sex capita reduci possunt : 1° de iis quæ assecurationis objectum esse possunt, seu de materia assecurationis; 2° de iis inter quos iniri potest contractus assecurationis; 3° de forma contractûs assecurationis; 4° de obligationibus assecurati; 5° de obligationibus assecuratoris; 6° de dissolutione contractûs assecurationis.

1° *De iis quæ assecurationis objectum esse possunt, seu* DE MATERIA *assecurationis.* — Assecurari possunt generatim quæcumque possunt esse materia contractuum et commercii. Sed advertendum est verum et directum assecurationis objectum aliquando non esse rem ipsam quæ in vulgari loquendi modo dicitur assecurari, sed esse periculum damni quod ejus rei occasione exoriri potest. Generatim ergo ubicumque occurrit periculum damni pretio æstimabilis, ibi locus esse potest assecurationi : nisi tamen lex assecurationem prohibuerit, quemadmodum reipsa de nonnullis prohibuit ad præcavendos abusus. Hinc percurrendo quasdam ex conditionibus ad contractum requisitis ex parte objecti, videbimus quænam sint contractui assecurationis peculiaria.

I. *Materia contractûs debet existere.* Attamen *si res quæ assecuratur jam perierit* tempore quo initur contractus, vel *si jam sit extra periculum posita*, valet assecuratio maritima, modò neuter e contrahentibus sciret vel scire posset eventum : ita ex usu communi statuitur in Codice commercii, art. 365-368. Existimamus autem contra multos jurisperitos idem dicendum in assecurationibus terrestribus : satis est ad justitiam contractûs ut eventus sit incertus seu ignotus quoad contrahentes; hoc enim posito, uterque se exponit lucro et damno, quod sufficit ut contractus sit æqualis et justus. Aliquando tamen ex intentione contrahentium aliud judicabitur : v. g. si assecuretur navis quæ existimatur committi mari, et de facto non committatur, irrita est assecuratio.

498. II. *Materia contractûs debet esse pretio æstimabilis.* Hinc sequi videretur, et revera concludunt plures jurisperiti non posse iniri *assecurationem vitæ;* vita enim æstimationem non recipit, ut dicitur in jure, neque de ea ullum commercium institui potest. Verùm si res propiùs inspiciatur, aliud judicandum videbitur. In hujusmodi assecurationibus non ipsa vita æstimatur, sed damnum temporale quod ex morte sequetur. Scilicet hæc est hujus assecurationis natura. Quando aliquis damnum passurus est si alter, v. g., debitor, moriatur ante tale tempus, vel antequam tale aliquid præstiterit, potest iniri contractus vi cujus assecurator teneatur hujusmodi damnum compensare. Tunc evidens est non esse meram sponsionem, cùm contrahenti verè immineat damnum ex prædicta morte. Neque vita ipsa æstimatur, sed lucrum temporale quod alter ex ea percipit, seu potiùs damnum quod ex ejus cessatione sequeretur.

Tandem metuendum non est ne mors exoptetur aut procuretur : non quidem ab assecuratore, ut patet, cujus contrà interest ne ea accidat : nec ab assecurato, qui ex ea non lucrum, sed meram damni compensationem percipiet; et etiamsi supponeretur commodum aliquod percepturus, non ideo magis deberet absolutè reprobari talis contractus quàm census vitalitius, aut donatio in causa mortis.

Hinc licitam hujusmodi assecurationem pronuntiant theologi : hinc in variis regionibus jamdiu viget, et novissimis temporibus apud nos inducta fuit.

Huc revocari possunt aliæ conventiones, quæ vocantur etiam *Assecurationes super vita*, quamvis in his non intendatur præcisè compensatio damni ex morte alicujus secuturi, sed transmissio quorumdam bonorum ad hæredes, vel ad alios quibus contrahens favere intendit : v. g., aliquis non habens nisi reditus personales seu vitalitios pactum init cum altero, seu potiùs, ut ordinariè fit, cum aliqua societate, quæ pro quodam pretio ab ipso quotannis solvendo se obligat ad certam pecuniæ summam, vel certos quosdam reditus, ipsius hæredibus vel causam habentibus tradendum post ejus mortem.

499. III. *Materia contractûs debet esse in commercio.* Hinc concludendum videtur non posse iniri contractum assecurationis circa merces prohibitas, vulgò *marchandises de contrebande :* talis enim contractus habendus est ut initus *de re turpi*, ac proinde in nostra sententia (nº 205) irritus, etiam post eventum. Porrò communiter agnoscunt jurisperiti irritum esse contractum quando agitur de mercibus prohibitis per legem regni in quo initur : et plures ex ipsis expressè asserunt irritum esse etiam in conscientia, quia non sentiunt hujusmodi leges respicere tantùm forum externum. Exinde sequi videretur, idem dicendum esse si agatur de mercibus introducendis, v. g., in aliud regnum per cujus leges introductio prohibetur, vel educendis quando prohibetur, ut aiunt, exportatio; ut enim observat PARDESSUS, non sinit jus naturale ut aliquis apud gentes exteras instituat commercium seu negotium quod ibi per leges prohibetur. Et reipsa ita docet POTHIER. Verùm, ait PARDESSUS, « Il paraît que l'usage des différents peuples, relativement à » ce qu'on nomme le commerce *interlope*, s'est écarté de cette » règle. » Dicunt communiter jurisperiti, attento jure politico et civili variarum gentium, adesse quamdam reciprocitatem vi cujus gens quælibet commercium exercere satagit juxta modum sibi utiliorem, parum curans de legibus apud alias gentes eâ de re latis : « Le droit des gens actuellement observé parmi les nations laisse » subsister entre elles, même en temps de paix, une espèce d'état » de guerre dirigée par chacune d'elles contre les richesses et l'in» dustrie de l'autre, et dont les armes sont, d'une part, les dé» fenses d'importation et d'exportation, et de l'autre, la contre» bande opposée à ces défenses. » Ita ESTRANGIN, in *Notis* ad Pothier. Quidquid sit de ea quæstione, cujus magis accurata investigatio spectat ad Tr. *de Legibus tributorum*, existimamus contrac-

tum cujus objectum esset assecurare merces de quibus loquimur, non contra earum addictionem fisco, sed contra pericula maris, aut itineris, aut alia hujusmodi, haberi posse ut validum, juxta principia a nobis antea exposita (n° 205), quia non per se et directè præbet incitamentum ad crimen, sed ad id tantùm directè tendit ut præcaveat periculum damni, in quo præcavendo assecuratus nullius culpæ reus est : merces illæ, licèt prohibitæ, servant suum valorem, sicque superest fundamentum sufficiens assecurationis.

500. IV. *Materia contractùs debet ad contrahentem spectare.* Facilè intelligitur assecurationem non posse institui, nisi in gratiam illius cujus interest conservatio rei assecurandæ : alioquin, ut intelligitur ex dictis ab initio (n° 495), esset mera sponsio. Sed institui certè potest per mandatarium. Hinc passim admittitur assecuratio rei cujus contrahens declarat se non habere dominium ; quod vocatur *Assurance pour compte de qui il appartiendra.* Qui sic contrahit personaliter obligatur erga assecuratorem, qui ipsius fidem sequitur, ut aiunt : sed si casus sinister, ut dicitur, evenerit, necessarium est ut verus dominus cognoscatur ab assecuratoribus, quibus constare possit peractam non fuisse meram sponsionem; id supponunt art. 332, 351, 379, 384 Codicis commercii.

Sed præcipua difficultas est, *an creditor possit assecurare rem sui debitoris?* id est, utrùm creditor qui timet ne, si res debitoris pereat aut quomodocumque amittatur, ipse fiat solvendo debito impar, possit ad præcavendum tale periculum rem illam asscurare? Affirmant quidam jurisperiti, quia certè creditoris interest conservatio rei : negant multi, tum ex art. 332 Cod. comm., tum quia merus creditor non potest assecuratori conferre varia jura quæ ipsi competere debent, v. g., privilegium art. 191 ejusdem Codicis. Inter hæc, satius est ut creditor alio modo sibi provideat : potest vel exigere a suo debitore ut ipse rem suam assecurari curet; vel instituere assecurationem quæ directè ad solvabilitatem debitoris spectet. Si autem velit rei assecurationem ipse inire, saltem ab initio declaret quo titulo ineat, nec contrahat solummodo juxta formam consuetam, *pour compte de qui il appartiendra;* alioquin, casu sinistro obveniente, multis implicabitur difficultatibus antequam possit jus sibi ex assecuratione quæsitum vindicare.

Alius datur casus in quo ille qui non est rei dominus potest nihilominus assecurationem de ea instituere. Aliquando scilicet assecurator rei, qui nunc ejus pericula subit, potest ipse ea pericula a se removere recurrendo ad alium assecuratorem, qui ea in se suscipiat. Contractus ille, qui dicitur *Réassurance*, expressè permittitur art. 342 Codicis commercii.

501. V. *Materia contractùs debet esse determinata.* Triplici ex parte requiritur ea determinatio. — 1° Ex parte *rei*, ut constare possit an perierit. Attamen in assecurationibus maritimis, quando agitur de mercibus in Europam ex aliis mundi partibus transvehendis, permittit art. 337 Cod. commercii ut cæ merces assecurentur absque designatione naturæ et speciei : sæpe enim ille ad quem dirigendæ sunt

illæ merces earum naturam ignorat. Imò quamvis ordinariè designandus sit ille ad quem merces diriguntur, huic necessitati derogari potest ex eodem articulo per conventionem contrahentium. A fortiori permittitur ut non designetur navis per quam merces illæ transvehentur : advertendum est tunc navim esse, prout loquuntur jurisperiti, locum periculi, non verò objectum; si esset objectum, profectò designanda esset. Facilè intelligitur has dispositiones juris latas pro assecurationibus maritimis, non posse ad alias assecurationes extendi. — 2° Ex parte *periculi*, determinanda est illius natura, et duratio, ut, re pereunte, dignosci possit an assecurator de eo teneatur. Quoad assecurationes maritimas, hæc determinantur per ipsam legem, art. 350, 353, 328 et 341 Cod. comm. Quoad alias assecurationes, id determinatur ordinariè in formulis variarum societatum : quibus deficientibus, standum est conventionibus initis. — 3o Ex parte *valoris*. Ut sciatur quale pretium sit ab assecuratore solvendum, necesse est ut vel determinetur, vel saltem habeatur medium illud determinandi quando opus erit; art. 339 Cod. comm. Si, ut plerumque expedit, determinetur in ipsa conventione, hæc determinatio ligat quidem assecuratum qui nihil ultrà exigere unquam poterit; sed non ligat assecuratorem, qui poterit semper exigere rei æstimationem ut non cogatur solvere ultra verum valorem : ita saltem statuitur in plerisque societatum assecurationis formulis; et eodem sensu proferuntur nonnulla tribunalium judicia recentiora. Verùm, si non adfuerit fraus ex parte assecurati, et si valor fuerit ex utriusque contrahentis concursu determinatus, præsertim si ferat conventio contrahentes renuntiare ulteriori æstimationi, propugnant multi omnino valere hanc clausulam, nec posse assecuratorem ab eâ recedere : revera nulla apparet ratio cur vim non habeat; non videtur cur non liceret assecuratori et assecurato valorem rei communi consensu determinare, etiam modo aliquatenus aleatorio, quemadmodum licet venditori et emptori quando eis de vero objecti venditi valore non constat; erit tunc quasi duplex alea, sed neutra per legem reprobatur. Saltem par esse debet utriusque contrahentis conditio, id est, determinatio peracta vel neutrum, vel utrumque ligare debet, cùm uterque ad eam concurrerit, et par esse debeat utriusque conditio.

502. IIo De iis inter quos *iniri potest contractus assecurationis.*

Ut solvatur quæstio, sciendum est an assecuratio habeatur, necne, ut actus commercii; quia aliæ requiruntur conditiones ad contractum commercialem, aliæ ad contractum merè civilem. Jam verò in art. 633 Cod. comm. assecurationes maritimæ recensentur inter actus commerciales. Id vulgò agnoscunt jurisperiti quoad assecuratorem, qui ordinariè lucrum intendit : sed ex parte assecurati, non pauci dicunt non esse actum commercii, quia ille intendit tantùm conservationem rei suæ, non verò ullum lucrum; qui est finis essentialis commercii. Attamen cùm ex omnibus auctoribus, et ex constanti jurisprudentia, uterque subjiciatur tribunali commercii, dici potest cum quibusdam assecurationem esse actum commercii etiam ex parte assecurati.

Hoc posito, I. *Assecurare possunt privati,* modò sint capaces contra-

hendi. *Minor*, et *uxor* non possunt generatim, ex antea dictis : sed si satisfecerint conditionibus ad exercendum commercium requisitis art. 2 et seq. Cod. comm., poterunt assecurare, cùm hic sit actus commercii. Sed plerumque assecurationes fiunt a *Societatibus*. Quædam ex iis coalescunt e sociis qui lucrum quærentes pretium accipiunt a quolibet assecurato, et eventus in se suscipiunt : aliæ verò, quæ dicuntur mutuæ seu reciprocæ, sunt societates plurium pericula sua quasi in communi reponentium. Istæ societates sunt ex natura sua anonymæ, seu absque nomine sociali. Priores possunt esse vel anonymæ, vel, ut dicitur, *en nom collectif*, vel *en commandite*. Si sint anonymæ, non possunt institui sinè approbatione Gubernii, juxta art. 37 Cod. comm. Hæc approbatio non conceditur, nisi Gubernio subjecta fuerint societatis statuta, quæ promulgantur simul cum edicto approbationis: non ideo tamen vim legis accipiunt; nil aliud sunt quàm conventiones inter eos qui inierunt obligatoriæ. Cæterùm societates mutuæ, quemadmodùm et cæteræ, sua habent commoda, sua et incommoda : unde ambigi potest utra species anteponi debeat.

II. Ut aliquis *possit assecurari*, requiritur ut habeat jus et auctoritatem circa rem assecuratam, seu, ut ipsius intersit, prout jam vidimus (nº 500), et insuper ut sit capax contrahendi. Porrò si agatur *de minore*, qui commercium exerceat, nulla difficultas. Si non exerceat nec sit emancipatus, ratio habenda eorum quæ diximus (nº 87 et seq). In omni sententiâ, minor qui domûs suæ assecurationem obtinuit, potest, eâ combustâ, pretium exigere ab assecuratore, qui ex art. 1125 non potest ipse opponere nullitatem contractûs; qui tamen poterit tunc exigere, vel potiùs retinere pretium assecurationis, quia minor non potest lucrum educere e contractu et onera ejus removere. Sed si domus combusta non fuerit, juxta quosdam (nº 90), non tenebitur minor pretium illud solvere, et poterit solutum repetere : juxta alios et juxta judicium Curiæ supremæ (nº 91) quod præcisè respiciebat contractum assecurationis (*pour remplacement militaire*), tenebitur contractui stare nisi adfuerit læsio. Minor verò emancipatus potest validè assecurationem rei suæ inire : hic est actus meræ administrationis, qui illius capacitatem non superat. Quoad *uxorem*, solutio pendere potest a diverso regimine sub quo nupta supponi potest. Sed sufficiat dicere, actum ab ea elicitum sinè auctoritate mariti vel judicis irritum esse, sed in gratiam tantùm ipsius. Quoad alios quibus prohibita videri posset assecuratio, quia ipsis prohibetur commercium, v. g., *clericos, magistratus*, etc., parvi interest an assecuratio dicatur actus commercii, necne, quia nemo est qui non possit actum quemdam commercii elicere, quando id fit transitoriè, et præsertim non animo lucrum captandi, seu, ut aiunt, *pour spéculer*, sed tantùm damni a se avertendi causâ.

503. IIIº *De* FORMA *contractûs assecurationis.*— Ex art. 332 Cod. commercii, assecuratio maritima scripto fieri debet, sed non præscribitur tale aut tale scriptum : unde non solùm non requiritur scriptum authenticum, sed sufficere potest quodcumque scriptum. Imò ex communi sententia scriptura non requiritur ad validitatem conventionis : quamvis requiratur ad probationem; absolutè quidem juxta plures :

juxta quosdam autem in sensu art. 1341 et 1347 Cod. civ. tantùm, id est, quando summa superat 150 fr., nec adest initium probationis scriptæ. Si verò adhibeatur scriptum privatum, quidam exigunt ut ab utroque contrahente subscribatur juxta art. 1325 Cod. civ.; sed plures negant, quia pro actibus commercii recurrendum est ad Codicem commercii, qui hanc duplicem subscriptionem non exigit pro contractu assecurationis, sicut exigit pro quibusdam aliis contractibus.

Si nunc deveniamus ad assecurationem terrestrem, nihil de ea in jure statuitur : nulla ergo specialis forma requiritur ; et probari potest quocumque modo, etiam per testes, quando agnoscitur ut actus commercii. Hinc ii ipsi jurisperiti qui in quocumque casu exigunt scripturam in assecuratione maritima, non eam exigunt in assecuratione terrestri.

Ordinariè ad ineundum contractum assecurationis habentur formulæ typis impressæ, quæ vulgò vocantur *Police d'assurance*. Per has explicatur jus commune, et aliquando ei derogatur. Iis positis, faciliùs conveniunt in idem placitum assecurati et assecuratores. Sed possunt iis superaddi conventiones speciales, quæ manu exarantur, et quæ, si cum impressis non concordent, iis prævalent.

504. IV°. *De* OBLIGATIONIBUS ASSECURATI. — Illæ obligationes spectari possunt pro triplici tempore : quando initur conventio; durante conventione ; et casu sinistro eveniente.

I. *Quando initur conventio.* — 1° Debet assecuratus *declarare* verum *rei valorem*. Si aliquid ultra declaret, jam quoad illum excessum erit mera sponsio : ac proinde ex ea parte irritus erit contractus, sensu jam exposito, id est, denegabitur actio in foro externo. In foro interno, irritus erit eàdem proportione contractus, seu reductibilis, si ex errore initus sit, id est, si uterque vel alteruter meram assecurationem, non sponsionem, intenderint. Sed extra hunc casum, non videtur contractus irritus. Etenim attentâ solâ rei naturâ, etiamsi assecuratus non staret intra limites veri valoris, modò solveret pretium valori quem declarat proportionatum, non læderetur æqualitas : quia periculum quod incurrit assecurator solvendi ultra rei valorem compensatur per pretium majus quod recipit. Articuli autem 357,358 Cod. comm. quibus declaratur nullitas, non respiciunt nisi assecurationes maritimas : et insuper dici possunt non irritare nisi eodem modo ac irritatur sponsio, quia nempe in mente legislatoris est ut per assecurationem assecuratus servetur indemnis, non verò ut lucrum obtineat. Cæterùm nil obstare videtur quin æstimando valorem possit, sicut in venditione (n°390), habere rationem peculiaris affectûs quo rem prosequitur.

2° Debet assecuratus *declarare rei assecuratæ pericula*. Cùm hæc pericula sint verum assecurationis objectum, satis patet requiri ut assecurator ea cognoscat; alioquin non debet præsumi ea in se suscipere. Hinc ex art. 355 Cod. commercii, si quædam merces obnoxiæ sint peculiari deteriorationi aut imminutioni, declaranda est earum natura. Hinc etiam statuit art. 348, quâlibet reticentiâ seu falsâ declaratione, ex qua imminueretur opinio periculi, vel mutaretur illius objectum, irritari assecurationem, etiamsi hæc reticentia aut decla-

ratio non influxerit in damnum, seu rei assecuratæ amissionem. Hæc dispositio juxta jurisperitos debet ad omnes assecurationes extendi. Sed si assecuratus reus fuerit doli aut negligentiæ, non poterit eam nullitatem postulare. Ex iisdem principiis deducunt jurisperiti, declarandas esse varias assecurationes, si plures sint de eodem objecto. Vid. art. 359 Cod. comm. Variæ quoque societates exigunt sub pœna nullitatis, ut declarentur aliæ assecurationes initæ sive ante, sive postea : quia si assecuratus fuerit valor integer rei, jam minoris interest assecurati hujus conservatio, ac proinde majus adest periculum pro assecuratoribus.

505. II. *Durante conventione* tres sunt præcipuæ assecurati obligationes. — 1º Debet *solvere pretium (la prime)*. Assecuratio fieri posset gratis : sed dicunt jurisperiti tunc futuram esse donationem, non verò assecurationem qualis ordinariè intelligitur, et ad cujus essentiam pertinere pretium docent. In assecurationibus mutuis pretium consistit in obligatione cui se subjicit quilibet socius partem suam perferendi in compensatione dāmnorum quæ cæteris sociis accidere possunt. Sed ut satisfiat variis impensis quibus locum dare potest negotiorum societatis administratio, quilibet solvit modicam præstationem annuam. In aliis assecurationibus, quæ dicuntur *à Prime*, pretium ab assecuratis solvendum ordinariè situm est in quadam pecuniæ summa; quæ olim solvebatur ipso conventionis momento; hodie solvitur annuatim, vel assecuratus se obligat tantùm ad solvendum certâ quâdam epochâ, et ideò subscribit chirographis quæ dicuntur *Billets de prime :* debet profectò adesse quædam proportio inter illud pretium et pericula quibus exponitur res assecurata. Sed cùm valde incerta sint hæc pericula, et multùm variare possint circumstantiæ, non datur rescissioni locus læsionis causâ. Attamen in locis ubi frequentes sunt assecurationes occurrere solet pretium vulgare, a quo si quis notabiliter recederet, eo ipso præsumeretur fraus aut deceptio. Si verò assecurator noverit scientiâ privatâ periculum esse longè minus ac vulgò existimatur, non poterit, ut in casu venditionis (nº 394), exigere pretium commune. Etenim hic adest error circa ipsam materiam contractûs, ac proinde error substantialis. Sicut ergo gemma quæ communiter creditur vera, non potest vendi ab eo qui scit esse falsam, ita non potest pretium majus exigere pro periculo ille qui scit periculum esse minus.

Nota. Aliquando ipsum pretium fit objectum novæ assecurationis : *L'assuré peut faire assurer le coût de l'assurance;* art. 342 Cod. comm. Scilicet si res assecurata pereat, assecuratus recipiet quidem hujus valorem; sed cùm pretium solvere debeat, non erit omnino indemnis. Ut illud incommodum præcaveat, init assecurationem pro ipso pretio, promittendo pretium longè inferius, quod dicitur *Prime de prime :* cùmque idem pluries facere possit, inde fiet ut integrum valorem recuperet. Sed si res non pereat, tunc majus pretium solvendum habebit : ex quo intelligitur justitia illorum pactorum, in quibus superest semper alea.

2º Debet assecuratus *declarare mutationes* quæ in re assecurata

contingunt, et ex quibus diversum aut majus efficitur periculum. Assecurator enim non tenetur nisi de periculo quod in se suscepit : nisi ergo moneatur, allegare poterit se fuisse deceptum ex silentio assecurati, ac proindè irritam evasisse conventionem. Meritò igitur exigunt variæ assecurationum societates ut assecurati declarent varias circumstantias quæ pericula mutare, sicque augendo pretio locum dare possunt.

3° Debet *invigilare conservationi rei assecuratæ*. Quamvis non se obliget ad specialem vigilantiam, cavere debet ne ex intuitu assecurationis negligentior evadat : quæ quidem negligentia, quamvis vel probari non posset, vel non sufficeret in foro externo, esset certè valdè culpabilis in foro conscientiæ. Imò si res pereat ex illius culpa aut facto, assecurator liberatur a sua obligatione, ut infrà videbimus (n° 507).

506. III. *Casu sinistro obveniente*. — 1° Si possit assecuratus *casum imminentem* aut jam incœptum *cohibere* aut imminuere, dubium non est quin ad id teneatur. Hinc plures assecurationum terrestrium contra incendium societates stipulantur ut statim moneat proximiorem qui præstò erit societatis negotiorum gestorem. Si nequeat assecuratus incendium compescere, aut alium casum cohibere, debet saltem objecta quæ poterit eripere. Id pro casu naufragii præscribitur art. 381 Cod. commercii.

2° Si assecuratus velit reparationem damni obtinere ab assecuratoribus, debet ipsis statim *denuntiare* hunc *casum*. Hæc denuntiatio fieri debet in assecurationibus maritimis, ex art. 374 Cod. comm., intra triduum : in assecurationibus terrestribus, determinatur ordinariò spatium plùs minùsve breve. Assecurati interest ne ultrà differat; alioquin ipsi opponi posset exceptio, quasi e jure suo excidisset. Nec semper sufficit ea denuntiatio : sæpe requiritur ut assecuratus probet damnum quod passus est, ostendendo talia aut talia objecta fuisse amissa, et habuisse talem valorem; ut probet etiam sibi ipsi jus inesse indemnitatem recipiendi, etc. Hæc autem, et alia quæ necessaria esse possunt ut constet de jure, diversimodè probantur pro diversa objectorum natura.

507. V° *De* OBLIGATIONIBUS ASSECURATORIS. — Obligatio assecuratoris est assecuratum indemnem servare, cùm hic fuerit conventionis scopus. Sed ut damno obveniente exsurgat hæc obligatio, requiritur ut id evenerit præcisè per unum e casibus qui sive ex terminis in conventione expressis, sive in jure, sive ex usu et consuetudine, censentur fuisse objectum assecurationis. Si igitur damnum alteri causæ imputari debeat, immunis est a sua obligatione assecurator.

Hinc 1° si damnum oriatur *ex culpa vel facto ipsius assecurati*, non tenetur assecurator illud compensare. Et ita statuitur art. 351, 352, 353 Cod. comm. Si damnum oriatur ex culpa eorum qui curæ assecurati sunt commissi, v. g., filiorum, famulorum, etc., ex art. 1384 Cod. civilis sequi videretur assecuratorem pariter liberari, quia assecuratus tenetur de eorum facto; attamen ubi agitur præsertim do assecuratione contra incendium, cùm plerumque incendia oriantur ex negligentia aut imprudentia inhabitantium do-

mum, ferè supervacanea erit assecuratio, si exinde eximantur assecuratores : unde, quamvis opportunum sit ut apponatur eâ de re clausula expressa, ea clausula non occurrit in formulis societatum, et tamen absque difficultate ab iis compensantur damna eo modo secuta. — 2° Quando damnum oritur *ex vitio proprio rei*, statuit art. 352 compensationem non deberi ab assecuratoribus. Rarò occurrit in assecurationibus terrestribus applicatio hujus principii. Quando res assecuratur contra tale aut tale periculum, parvi refert an illud periculum timendum sit ex natura rei, an ex alia causa : semper standum est intra terminos conventionis. Et revera quando agitur speciatim de assecuratione contra incendium, quædam societates non in se suscipiunt periculum ortum ex interno æstu (*de la fermentation*) mercium assecuratarum : sed plures aliæ majus pretium exigunt, prout res assecuratæ sunt magis obnoxiæ conflagrationi.

Quando locus est indemnitati solvendæ, generatim assecurator debet reparare *damnum ipsum*, non verò hujus consectaria, nisi aliter conventum fuerit. Sic qui domum assecuravit non tenetur de pretio locationum quo privatur dominus domûs combustæ. Hæc reparatio fit solvendo valorem rei destructæ. Si una pars tantùm pereat, huic proportionatur indemnitas : v. g., pereunte dimidiâ aut tertiâ parte rei, solvitur dimidia aut tertia pars indemnitatis. Si res non fuerit assecurata secundùm integrum valorem, et tota pereat, assecurator compensat partem assecuratam : id est, si assecurata fuerit, v. g., dimidia pars, compensat dimidiam partem; si verò, ut sæpius fit, res fuerit assecurata usque ad talem summam, solvitur summa promissa. Sed si una pars tantùm pereat, neque in assecuratione designata fuerit pars assecurata, docet Molina compensari debere partem proportionatam; v. g., si assecurator promiserat duo millia, et pereat pars dimidia, solvet mille. Quamvis hanc regulam impugnent non pauci theologi, in eam recidit regula jurisperitorum nostrorum, juxta quos, quando res non assecuratur nisi usque ad quamdam partem aut summam, assecuratus censetur esse suî ipsius assecurator quoad reliquum, quod vocatur *le Découvert :* quilibet igitur fert partem damni proportionatam, nempe assecurator proportionatam parti assecuratæ, assecuratus parti non assecuratæ.

Quando res assecurata non perit, aut saltem non integra, sed tamen patitur detrimentum quod in assecuratorem recidere debet, tunc in assecurationibus maritimis distinguitur inter *sinistrum majus*, ut dicitur, et *sinistrum minus :* in priori casu, conceditur assecurato facultas abdicationis, quæ dicitur *de Délaissement;* in posteriori, *l'Action d'avarie.* De utraque multa statuuntur in Codice commercii, art. 369 et seq. et 397 et seq. Sed hæc non applicantur assecurationibus terrestribus. Quando autem æstimandus est valor rei, hæc observantur. 1. In assecurationibus maritimis, quando valor mercium non fuit determinatus in conventione, determinatur ex pretio currenti tempore et loco quo fuerunt navi impositæ (*du chargement*), additis impensis hucusque persolutis (*y compris tous les droits payés et les*

frais faits jusqu'à bord). Ita art. 339 Cod. comm., ex quo intelligitur assecuratum omnino indemnem fieri, sed nihil ultrà recipere. 2. In assecurationibus terrestribus, regulariter æstimatio fieri debet juxta valorem rei tempore contractûs. Sed quando agitur de assecuratione contra incendium, cùm ordinariè ad satis longum temporis spatium fiat, interim plerumque decrescit valor intrinsecus rerum : ideo communiter receptum fuit eas fore æstimandas, si casus sinister accidat, juxta valorem venalem quem tempore casûs habebant.

In pluribus assecurationum formulis declaratur posse assecuratores, si velint, non solvere summam promissam, sed rem assecuratam restituere, v. g., domum combustam propriis impensis ædificare, merces ejusdem speciei ac merces amissas tradere, etc. Ita statuitur ad præcavendas fraudes et incendia voluntaria, etc.; sed rarò ad usum deducitur ea facultas, quia plerumque esset assecuratoribus multò magis onerosa.

Peractâ solutione, subrogatur assecurator in jura quæ assecuratus habere poterat ratione rei assecuratæ. Si, v. g., restitutio debeatur ab eo qui rem destruxit, satis patet assecuratum non posse simul ab eo et ab assecuratore recipere pretium rei : et aliunde auctor damni non ideo excusatur ab obligatione illud reparandi. Omnino igitur æquum est ut hæc reparatio solvatur assecuratori.

508. VI° *De* DISSOLUTIONE *contractûs assecurationis.* — Hujus dissolutionis (quæ, ubi agitur de assecurationibus maritimis, vocatur *Ristourne*), variæ afferri possunt causæ ipsi cum cæteris contractibus communes, v. g., inexsecutio obligationum, casus impotentiæ (*de faillite*) alterutrius e contrahentibus, elapsus terminus, etc. Duæ sunt tantùm de quibus aliquid peculiare observandum occurrit.

I. Si rei assecuratæ *dominium ab assecurato ad alterum transeat*, v. g. si assecuratus rem assecuratam vendat, dubium non est quin effectus assecurationis ad emptorem transeat : esset enim contra naturam venditionis ut alter periculo rei obnoxius esset, alter verò jus haberet ad indemnitatem pro illius periculi eventu ; insuper venditor qui sibi jus illud reservaret jam assecuratus esset pro re cujus non habet dominium. Aliunde parvi interest assecuratoris ut erga se obligatum habeat hunc vel illum, modò certus sit accuratè solvendum fore pretium, et aliunde ex mutatione non adaugeatur rei periculum. Attamen pleræque assecurationum societates in suis formulis declarant, si res assecurata desinat pertinere ad eum cujus nomen insertum est in conventione, debere assecuratum societatem monere, et sibi reservant facultatem vel continuandi vel dissolvendi assecurationem. Quædam exigunt ut declaratio fiat a novo proprietario. Facilè intelligitur conventioni initæ standum esse.

Cæterùm à transmissione de qua loquimur sedulò distinguenda est cessio juris ad indemnitatem recipiendam, si sinister casus occurrat. Jus illud in commercio maritimo transmittitur per simplicem viam, ut dicitur, *d'endossement;* aliquando competit latori conventionis (*est payable au porteur*). Idem locum non habet in assecurationibus terrestribus : sed sæpe assecuratus transfert suo creditori jus percipiendi

indemnitatem, si locus sit, monito asseruratore ut ei soli solvat.

II Si *res asseeurata pereat*, vel perit aliquo e casibus contra quorum periculum erat assecurata, vel casu diverso. Si casu diverso, v. g., domus contra incendium assecurata corruit, dissolvitur assecuratio, quæ stare nequit sinè re quæ sit illius objectum. Cessat igitur obligatio assecuratoris; et si assecuratus domum, v. g., iterum ædificaret, non censeretur assecurata sinè nova conventione. Si verò res pereat aliquo e casibus contra quos erat asserurata, dici potest etiam, semel solutâ indemnitate dissolvi contractum. Si ergo res restauretur, nova requiritur assecuratio.

Art. 5. *De Nautico fœnore*, gallicè *Contrat à la grosse.*

509. In jure Romano exstat titulus *de Nautico fœnore*, quod vocatur etiam contractus *Trojectitiæ pecuniæ*. Apud nos dicitur *Prêt à la grosse aventure*, vel simpliciter *Contrat à la grosse :* sub isto nomine designatur in Codice commercii, art. 311 et seq. Locum habet quando aliquis summam pecuniæ aut alias res fungibiles alteri tradit mutuo super rebus quæ exponuntur periculis maritimis : eo pacto ut, si res istæ pereant, nulla restitutio debeatur mutuatori nisi de eo quod fortè supererit; si verò sinister casus non evenerit, restituantur res mutuatæ cum certo quodam lucro pro periculis quæ mutuator in se susceperat; quod lucrum dicitur *Profit maritime*. Contractus ille non subsistit nisi quatenus res periculo maris expositæ addicuntur mutuo (*sont affectées au prêt*), ita ut ex earum sorte pendeat mutui eventus, seu obligatio mutuatarii, prout indicant ultima verba definitionis, *Eo pacto*, etc. Indicantur in Codice commercii, art. 315, variæ res super quibus fieri potest contractus : requiritur ut res illæ æquivaleant summæ mutuatæ : art. 316, 317. Privilegium autem quod super iis tribuitur mutuanti, explicatur art. 320 et seq.

Ex hac notione intelligitur contractum istum magnam habere affinitatem cum contractu assecurationis. Mutuans quemadmodùm assecurator suscipit in se pericula, et pro iis jus habet ad lucrum sicut assecurator ad pretium. In pluribus tamen differunt hi duo contractus, ut facilè deducitur ex dictis.

Jam verò licitum esse hujusmodi contractum vulgò agnoscunt theologi. Lucrum enim, quando percipitur a mutuante, non percipitur vi mutui, sed ratione periculi cui se exposuit. Porrò si exigi possit pretium pro tali periculo in contractu assecurationis, nulla apparet ratio cur exigi non posset in præsenti casu. Sola difficultas educi posset tum ex opinione theologorum qui existimant periculum sortis non esse titulum legitimum percipiendi lucrum in mutuo ordinario, tum ex celebri declaratione Gregorii IX, cap. *Naviganti*, quæ videtur usurarium reputare præcisè nauticum fœnus de quo hic agimus. Verùm ea difficultas opportuniùs expendetur ubi *de Titulo periculi* (no 570). Hic sufficiat observare rigidiores etiam theologos qui titulum periculi in mutuo non admittunt, nobiscum sentire in præsenti materia; remque pro ita explorata habere, ut qui non putant conciliari posse suam sententiam

cum decisione Gregorii IX malint dicere hanc non esse in praxi receptum. Solummodo advertit Pothier, si præter lucrum proportionatum periculo quod in se suscipit mutuans, aliquid exigat præcisè ratione pecuniæ mutuatæ, jam ex ea parte idem statuendum esse ac de lucro percepto vi mutui.

Art. 6. *De transactione.*

510. Transactio, juxta Codicem civilem, art. 2044, est conventio quâ duo vel plures mutuo consensu dirimunt litem inter se exortam, aut præcavent litem exorituram. Communiter dicunt jurisperiti esse contractum *commutativum*, quia quilibet e contrahentibus propriam requiem acquirit quibusdam renuntiando aut se submittendo in gratiam alterius; sed observant alii, esse simul *aleatorium*, quia semper adest aliqua alea circa litis exitum : et hæc est ratio cur de eo in præsenti loco agamus. Præscribit art. 2044, ut contractus ille scripto redigatur; ut nempè efficaciùs obtineatur illius finis, qui est ut dirimantur aut præcaveantur lites : simul tamen docent scripturam non requiri solemnitatis causâ, sed tantùm probationis, seu transactionem esse contractum *non solemnem*. De eo pauca sufficiant.

I. Cùm transactio sit quædam species alienationis, *ii soli possunt transigere* qui possunt disponere de objectis de quibus transigitur; art. 2045. Recurrendum est igitur ad ea quæ jam diximus de capacitate disponendi.

II. Ut res aliqua sit *objectum transactionis*, 1°. requiritur *res dubia*, seu quæ sit materia litis exortæ aut exorituræ, saltem in existimatione contrahentium : alioquin non occurrit scopus qui in transactione intenditur. Hinc si fiat transactio de lite jam decisa per judicium irrevocabile, quod utraque pars vel alterutra ignorabat, irrita est, quia jam nulla aderat litigatio : aliud autem dicendum, si adhuc locus esse poterat appellationi. Ita art. 2056. Dicunt tamen jurisperiti, si judicium notum fuerit ei qui lucratus est, præsumi posse eum transegisse ad satisfaciendum suæ conscientiæ, vel animo donandi; et aliunde volenti non fieri injuriam. Si transactio unicum habeat objectum, de quo unum e transigentibus nullum jus habuisse comperiatur ex titulis exinde inventis, irrita est transactio; art. 2057 : tunc non verè aderat res dubia. Sed si partes transegerint de omnibus negotiis quæ inter se habere poterant, tituli ignoti et postea inventi non sunt causa rescissionis, nisi per factum unius e contrahentibus fuerint occulti; *ibid.* — 2° Requiritur *res* quæ sit *in commercio*, ut facilè intelligitur. — 3° Ut res subjiciatur liberæ *dispositioni transigentium*. — 4° Demum requiritur ut *res non spectet ad ordinem publicum*. Non possunt enim conventiones privatæ derogare ordini publico. Sic duo conjuges non possunt transigere de validitate dubia sui matrimonii. Sic per transactionem removeri nequit actio ministerii publici contra delictum : sed potest fieri transactio de consectariis civilibus delicti (*sur l'intérêt civil qui résulte du délit*). Ita art. 2046.

III. Transactio inter partes *vim* habet rei judicatæ, et quidem ul-

timatè; art. 2052. Possunt transigentes, ut majorem vim transactioni concilieut, adjicere *clausulam pœnalem;* art. 2047. Sed transactio non extenditur ultra objectum suum, id est, ultra litem quæ huic locum dedit, sive aliunde exprimatur verbis generalibus, sive specialibus; art. 2048, 2049. Hinc si quis transegerit de jure quod ex se seu tanquam sibi proprium habebat; et deinde jus simile acquirat ex parte alterius personæ, non ligatur quoad istud per transactionem initam; art. 2050. Tandem transactio de negotio pluribus communi non ligat nisi eum a quo inita est, neutiquam verò alios, qui eam pariter opponere nequeunt; art. 2051.

IV. Demum de *dissolutione transactionis* hæc statuuntur. Nequit impugnari ob *errorem juris*, art. 2052: nec ob *læsionem; ibid.:* cùm aliquid aleatorium includat, semper dici potest adesse aliquam læsionem, quæ tamen compensatur per requiem quæ inde obtinetur. Et revera alioquin vix unquam staret transactio. Potest impugnari in casu *doli* aut *vis;* art. 2053. Item quando adfuit *error facti*, qui quidem multiplici modo occurrere potest. Transactio rescindi potest quando adfuit error *circa personam*, vel circa *objectum litis;* art. 2053: item si facta fuerit in *exsecutionem tituli irriti*, nisi de ipsa nullitate expressè pactum fuerit. Transactio facta super instrumentis quæ postea falsa agnita sunt (*sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses*), declaratur prorsùs irrita; art. 2055. Si autem error admissus fuerit in numerando (*erreur de calcul*), debet reparari; art. 2058: sed non ideo corruit transactio.

CAPUT X.

DE COMMODATO ET MUTUO.

511. Hi duo contractus, qui linguâ gallicâ designantur communi nomine, *le Prêt*, inter se conveniunt, si spectentur in sua natura; discrepant verò ex parte sui objecti. Quando aliquis rem suam alteri tradit ut eâ utatur, sed cum onere reddendi, gallicè dicitur *prêter*, quæcumque ea sit res: cùm autem res illa dari possit vel eo fine ut qui accepit eâ utatur quin eam destruat, vel ut primo usu consumatur, hinc duplex distinguitur contractus. Prior dicitur *Commodatum*, gallicè *Prêt à usage*, vel *Commodat;* posterior *Mutuum*, gallicè *Prêt de consommation*, vel simpliciter *Prêt:* art. 1874 Cod. civ.

Uterque est contractus *realis*, seu non perficitur nisi per traditionem rei: obligatio enim præcipua, scilicet rem reddendi, necessariò supponit eam fuisse traditam; antea potest adesse promissio commodati seu mutui, et valida

quidem, sed non propriè commodatum aut mutuum. Cæterùm diversitas rei seu objecti multa et gravia inducit discrimina, ut ex dicendis patebit : unde seorsim de utroque contractu agemus.

Art. 1. *De commodato.*

512. Per commodatum intelligitur *Contractus quo res aliqua non fungibilis* seu *primo usu non consumptibilis alicui gratìs ad solum usum conceditur post certum tempus reddenda*; art. 1875.

Dicitur 1° quo res aliqua *Non fungibilis* seu *primo usu non consumptibilis* (vid. *de Justit.*, n° 20) : cùm res sit post certum tempus reddenda, evidens est requiri ut per primum usum non destruatur. Si tamen res ex natura sua fungibilis concederetur tantùm ad pompam vel ostentationem, adesset commodatum, quia tunc non concederetur quatenus fungibilis. Cæterùm, positâ hâc restrictione, res omnes quæ sunt in commercio possunt esse objectum commodati; art. 1878. — 2° *Gratìs*, quia commodatum est essentialiter gratuitum; art. 1876 : si aliquid pro usu rei exigatur, erit locatio.— 3° *Ad usum* conceditur : hic est finis commodati, et hinc a pluribus aliis contractibus distinguitur, v. g., a deposito. — 4° Ad *Solum* usum, quia commodans rei suæ dominium retinet; art 1877 : seu, ut accuratiùs loquamur, servat omnia jura quæ habebat; quia fieri potest ut commodans non sit rei dominus, sed, v. g., simplex usufructuarius, etc. — 5° *Post certum tempus*, quia non potest commodans rem suam statim retrahere : sicque commodatum differt a precario, ut infrà dicemus (n° 515). — 6° *Reddenda*, et quidem in individuo, id est, omnino eadem, et non alia similis, aut æquivalens : insuper reddenda est in eo statu ut commodans qui beneficium præstitit, ex eo damnum non patiatur, prout mox exponemus.

Ex his intelligi potest commodatum esse contractum 1° *realem;* 2° *gratuitum;* 3° *non solemnem*, utpote nulli formæ speciali subjectum, sed tantùm regulis generalibus contractuum; 4° juxta multos, *unilateralem*, seu juxta

alios, *synallagmaticum imperfectum*, quia obligationem directè non producit nisi ex parte commodatarii; quod tamen difficultate non caret.

513. His præmissis, loquemur de obligationibus 1° commodatarii; 2° commodantis.

I° *De* OBLIGATIONIBUS COMMODATARII. — I. *Quoad custodiam rei*, tenetur invigilare tanquam diligens paterfamiliàs conservationi rei; ideoque eam non adhibere nisi ad usum ad quem vel ex natura sua, vel ex conventione destinatur; alioquin tenetur ad compensationem damni, si quoddam exortum sit; art. 1880. Vid. suprà (n° 170).

Attamen commodatarius non tenetur 1° de deterioratione quam sinè ipsius culpa patitur res commodata ex usu propter quem commodata fuit; art. 1884 : commodans meritò censetur huic deteriorationi consensisse. 2° Non tenetur etiam, regulariter loquendo, de casibus fortuitis. Excipiuntur tamen quinque circumstantiæ. 1. Si rem adhibuerit ad alios usus, vel per tempus longius quàm fuerat conventum; art. 1881 : nisi tamen fuisset alioquin eodem modo peritura, juxta art. 1302 Cod. civ. 2. Si casum fortuitum præcesserit aliqua culpa commodatarii, v. g., si viam periculosam secutus fuerit, relictà tutiori, etc. 3. Si commodatarius potuerit vitare interitum rei commodatæ, suam adhibendo, vel si in clade communi suam prætulerit; art. 1881. Vid. suprà (n° 274). 4. Si res antequam traderetur fuerit æstimata, casus fortuitus recidit in commodatarium, nisi aliter conventum fuerit; art. 1883. Attamen æstimatio non facit venditionem. 5. Si commodatarius in se susceperit casus fortuitos, satis patet conventioni standum esse. Extra hos quinque casus, perit domino : illudque verum est, ex jure romano et ex jurisperitis nostris contra Puffendorf, etiamsi res peritura non fuisset, si remansisset apud dominum.

514. II. *Quoad restitutionem rei*, 1° tenetur commodatarius eam restituere *tempore præfixo;* vel, si tempus præfixum non fuerit, postquam inserviit ad usum propter quem commodata fuit; art. 1888. Neque exspectare potest donec dominus repetat : elapso termino constituitur in

mora, quia *Dies pro homine interpellat.* Adeò stricta est hæc restituendi obligatio, ut 1. non possit commodatarius rem retinere in compensationem ejus quod sibi a commodante debetur; art. 1885. Vid. suprà (n° 268). 2. Si plures rem eamdem conjunctim in commodatum acceperint, de ejus restitutione tenentur in solidum erga commodantem; art. 1887.

2° Debet rem restituere *in bono statu.* Si igitur culpâ ipsius deterior facta fuerit, tenetur commodantem indemnem servare. Imò si talis sit deterioratio ut jam dominus commodè nequeat re uti, poterit a commodatario exigere pretium integrum rei, eam ipsi relinquendo : secùs, si deterioratio sit levis, nec impediat usum rei. Ita Pothier; et deducitur per analogiam ex art. 1636.

515. II° *De* obligationibus commodantis. — 1° Tenetur commodans *aperire vitia* rei commodatæ quorum notitiam habet, si sint periculosa; alioquin damnum inde secutum reparare tenebitur; art. 1891. Requiritur ut vitia cognoverit; et in hoc differt a venditore et locatore : quia nempe beneficium præstat.

2° Tenetur rem *non repetere ante tempus* conventum; vel, deficiente conventione, antequam commodatarius re usus fuerit; art. 1888. Vi enim pacti commodatarius acquisivit jus re utendi usque ad tempus præfinitum. Sic differt commodatum a *precario,* quod definitur : *Concessio gratuita solius usûs rei, ad nutum revocabilis ;* quanquam observant jurisperiti ne ipsum quidem precarium in continenti sinè causa repeti posse, alioquin esset inane et illusorium. — Duplex tamen affertur exceptio. 1. Si ipsi commodanti superveniat necessitas urgens et inopinata rei suæ, potest judex, attentis circumstantiis, commodatarium ad restitutionem rei cogere; art. 1889. Multùm relinquitur hic prudentiæ judicis. 2. Quamvis jura et obligationes ex commodato orta transeant ad hæredes commodantis et commodatarii, si tamen res fuerit commodata intuitu personæ commodatarii, et iste moriatur ante tempus præfixum, non possunt hæredes uti re commodatâ ; art. 1879.

3° Tenetur commodans *compensare impensas extraordinarias*, et necessarias quas fecit commodatarius ad rei conservationem, maximè si ita urgerent ut fieri debuerint absque prævia monitione; art. 1890. Commodatarius debet quidem, ex art. 1886, ferre impensas quas fecit ut re commodatâ uteretur; item expensas modicas et ordinarias quas requirit conservatio rei, cùm hæ vergant præcisè in ipsius utilitatem; sed aliud dicendum de expensis extraordinariis, quæ recidere debent in dominum.

ART. 2. *De mutuo.*

516. Ex iis quæ dicta sunt initio et in decursu capitis facilè colligi potest quænam sit mutui natura. Attamen cùm, ex omnium confesso, *usura in contractu mutui propriam suam sedem et locum habeat*, prout loquitur BENEDICTUS XIV, natura mutui diligentiùs est investiganda: eâ enim patefactâ, ipsius usuræ quæ ex mutui depravatione oritur natura et iniquitas faciliùs intelligetur, ut observat card. GERDIL. Imò satis communiter auctores sub eodem titulo agunt *de Mutuo et Usura :* opportunius tamen nobis videtur de usura separatim disserere in speciali capite, postquam ea exposuerimus quæ spectant, non solùm ad mutuum, sed ad quosdam alios contractus huic affines, quorum notitia necessaria est ut bene intelligantur quæ de usura dicenda sunt, nempe contractum censualem et cambium.

Mutuum itaque definiri potest: *Contractus quo res fungibilis seu primo usu consumptibilis alteri traditur in consumptionis usum, et in ipsius dominium transit cum obligatione rem similem in eadem quantitate et bonitate restituendi post aliquod temporis spatium.* Hæc definitio non differt quoad substantiam ab ea quam exhibet Codex civilis, art. 1892, 1893.

Dicitur 1° *Res fungibilis*, etc. Ut vidimus in Tr. *de Justitia* (n° 20), fungibiles dicuntur res illæ quarum talis est natura ut aliæ aliarum ejusdem generis rerum *vice fungantur*, eo sensu quòd in solutione vel restitutione una alterius loco tradi possit. Tales sunt eæ quæ dicuntur *primo*

usu consumptibiles, quia evidens est iis consumptis non easdem in individuo tradi posse, sed alias tantùm ejusdem generis et speciei : illudque verum est, sive tales sint ex natura sua, sive tantùm ex destinatione, ut *ibid.* dictum est. Porrò agnoscunt omnes objectum mutui esse res hujusmodi. Et ita intelligitur in jure nostro : quando art. 1892 loquitur de consumptione per usum, intelligendus est per primum usum; res enim quæ consumuntur per usum tantùm successivum, dicuntur *deteriorari*, art. 1851 : quando autem art. 1894 excludit a mutuo animalia et cætera hujusmodi, intelligendus est secundùm usum ordinarium et consuetum; si enim hæc tradantur in usum consumptionis, v. g. si bos, ut ait Salmasius, tradatur *non ad usum, sed ad esum*, tunc fiunt primo usu consumptibilia ex destinatione. — 2° *Traditur*, quia non nisi per traditionem contractus perficitur. Ita supponit art. 1892, ex quo patet hìc non applicandum esse articulum 1138 : et ita docent jurisperiti. Unde si interim res pereat, perit mutuanti, non mutuatario. — 3° *Alteri*, et quidem acceptanti eodem titulo quo traditur (n° 22). — 4° *In consumptionis usum*, quia agnoscunt omnes ad mutuum non sufficere ut res sit primo usu consumptibilis, nisi detur præcisè quà talis, seu in consumptionis usum; si enim detur eo pacto ut eadem in individuo reddenda sit, jam non aderit mutuum, sed alius contractus; v. g. si detur ad custodiam, erit depositum; si ad securitatem, erit pignus; si ad usum improprium, velut ad pompam et ostentationem, erit commodatum. Sed agnoscunt pariter omnes jurisperiti sufficere ut res tradatur in usum cujuscumque consumptionis, sive naturalis, sive simpliciter civilis, quâ nempe res non destruitur quidem, sed tantùm distrahitur, seu utenti perit, ut fit in pecunia numerata, in mercibus vendendis, prout exposuimus in Tr. *de Justitia*, *ibid.* In eo sensu dicunt jurisperiti res fungibiles quando dantur ad usum proprium, eo ipso dari ad abusum; quo nomine significant, non perversum usum, sed distractionem et consumptionem quâ fit ut res usu pereat. — 5° *Et in ipsius dominium transit*, quia hic est effectus mutui. 1. Ita fere-

batur in *jure Romano* : et eodem sensu mutui naturam exposuerunt omnes jurisperiti : cùm contrarium docuisset SALMASIUS, ipsum refellerunt plures; quibus se adjunxit POTHIER, qui ostendit hujus opinionem evertere totum systema scientiæ juris, tollendo discrimen inter jus in re et jus ad rem, quorum distinctio unum est e præcipuis ejus fundamentis (Vid. *de Justitia*, nº 6). Idipsum docuerunt auctores qui de jure naturæ scripserunt, licèt aliunde admittentes auctarium ex mutuo exigi posse. 2. Idem expressè statuitur in *jure nostro*, art. 1893, et satis apertè supponitur art. 587 et 1851 : id pro certo agnoscunt omnes jurisperiti nostri, quidquid aliunde sentiant de lucro quod ex mutuo percipitur; inter quos TROPLONG ait decretoria esse argumenta quæ attulit Pothier, nec hodie superesse controversiæ locum. 3. Demum idem sequitur *ex ipsa notione mutui*. Cùm enim res fungibilis detur ad abusum, possitque mutuatarius de ea pro nutu suo disponere, eam alienare, consumere, etc., sequitur eum habere hujus dominium, ut patet ex hujus notione : ut enim vidimus in Tr. *de Justitia* (nº 36), in rebus hujusmodi usus independens et irrevocabilis non potest separari a dominio. Et revera mutuatarius potest rei dominium alteri transferre, eam donando aut vendendo; ergo et ipse habere debet : mutuans e contrario non potest eam sibi vindicare, aut de ea disponere; ergo dominium amisit. Hinc non ipsi perit, sed mutuatario, prout expressè statuitur art. 1893 Cod. civilis. Hæc tam aperta apparent, ut vix a quoquam negari posse videantur si agatur de rebus quæ dantur in usum consumptionis naturalis, v. g., de pane, vino, oleo, mutuatis indigenti in naturæ sublevamen. Sed quando agitur de pecunia, præsertim in negotiationem aut ad lucrum obtinendum adhibenda, quidam auctores recentiores sententiam Salmasii denuò excitare conati sunt. De iis opportuniùs agemus ubi *de Usura* (nº 561). — 6º *Cum obligatione restituendi rem similem in eadem quantitate et bonitate post aliquod temporis spatium.* Si enim mutuatarius non teneretur restituere, esset vel donatio, vel saltem census, de quo separatim mox dicemus; si rem, non tantùm simi-

lem, sed eamdem in individuo, esset commodatum aut locatio; si non in eadem specie, esset permutatio aut emptio; si non in eadem bonitate, jam damnum pateretur mutuans, quod esset æquitati et justitiæ omnino adversum; si demum statim, esset cambium, vel saltem tolleretur mutuum.

517. Hinc 1° intelligitur *qualis contractus* sit mutuum. 1. Est contractus *realis*, ut modò dictum est. 2. *Non solemnis*, quia nulli formæ speciali a lege subjicitur. Si tamen adjunctam habeat stipulationem hypothecæ, tunc requiritur forma solemnis pro hac stipulatione præscripta. 3. *Unilateralis :* ita vulgò jurisperiti, quamvis contradicant nonnulli, ob obligationem mutuanti impositam non repetendi sortem ante tempus. 4. *Gratuitus*, quia ex natura sua vergit in utilitatem solius mutuatarii. Ulteriùs progressi sunt plures auctores, asserentes gratuitatem esse de essentia mutui : unde nonnulli concludebant eos qui pecuniam tradunt ad lucrum percipiendum non dare mutuum, ideoque non committere usuram, quæ ex mutuo est. Præclara sanè inventio! quæ impossibilem absolutè redderet omnem usuram qualis vulgò intelligitur. Si lucrum ex mutuo percipiatur, vitiatur quidem mutuum et a fine suo avertitur; sed non ideo e medio tollitur : semper ea subsistunt per quæ constituitur, nempe objectum materiale et formale, seu res fungibilis data in consumptionem; ac proinde adest semper mutuum.

518. Hinc 2° intelligitur *in mutuante* requiri 1. *dominium rei mutuatæ*, cùm debeat illud ad mutuatarium transferre. Si mutuo det rem alienam, habenda est ratio articuli 2279. Attamen dominus habet recursum contra mutuantem : cùmque mutuatarius erga istum obligetur, poterit dominus, utpote creditor mutuantis, ipsius juri subrogari, sicque agere contra mutuatarium, ad sensum articuli 1166 Cod. civ. 2. Requiritur insuper in mutuante *capacitas alienandi*. Hinc non valet mutuum factum a minore, vel ab interdicto : non ideo tamen dici debet rem mutuanti perire, quatenus nempe dominium penès illum remansit; nullitas enim quæ fuit inducta in gratiam in-

capacis non debet contra ipsum converti; neque nullitas relativa converti potest in nullitatem absolutam. 3. Demum quoad *capacitatem mutuatarii*, vid. quæ diximus *de Minoribus* et *de iis quibus datum est concilium judiciarium* (n[is] 85, 86 et 96).

Nota. Plura statuebantur in jure Romano et disserebant theologi de mutuo facto ecclesiæ aut civitati, quibus concedebatur privilegium aliquatenus simile privilegio minorum. Hodie privilegium non conceditur : sed civitates non possunt recurrere ad mutuum nisi in casibus extraordinariis ; si earum reditus attingant aut superent centum millia fr., requiritur lex ; sin autem, sufficit edictum regium : ita lex 15 maii 1818, art. 43.

519. His præmissis, exponendas breviter habemus obligationes mutuatarii, et mutuantis.

I° De obligationibus mutuatarii. — Illæ obligationes indicantur postremis allatæ definitionis verbis.

Itaque I. tenetur *restituere*, si possit, *rem similem in eadem quantitate et bonitate.* Sed duplex distinguitur bonitas, intrinseca nempe, et extrinseca, quam pretium, sive valorem et æstimationem nominamus : qui valor sæpe mutari solet ex variis circumstantiis, immutatâ bonitate intrinsecâ. Quæstio est igitur, utrùm obligatio mutuatarii complectatur hunc etiam valorem extrinsecum, an verò solùm attendere debeat bonitatem intrinsecam? Si enim attendat valorem extrinsecum, aliquando majorem quantitatem quàm acceperit, aliquando minorem restituere debebit.

Distinguendum est. Quædam res mutuo accipiuntur propter ipsarum substantiam, quædam verò propter valorem. Itaque 1° si agatur *de summa pecuniaria*, ratio habetur, seclusâ speciali conventione, solius valoris extrinseci: unde reddendi erunt plures nummi quàm accepti fuerunt, si interim valor eorum legalis per auctoritatem publicam fuerit imminutus; pauciores verò, si valor fuerit auctus. 2° Si agatur *de aliis mercibus*, inter quas reponendum est argentum aut aurum, ut dicitur, *en lingots*, seclusâ speciali conventione, ratio habenda est bonitatis intrinsecæ, non autem valoris et æstimationis : id est, tenetur mutuatarius reddere eamdem quantitatem et qualitatem, licèt rei valor seu pretium creverit, nec tenetur ultrà red-

dere, etiamsi pretium imminutum fuerit. Ita art. 1896, 1897, 1902.

Dixi 1° *Si possit,* quia evenire potest ut mutuatarius versetur in impossibilitate restituendi rem similem, etc. : tunc agnoscunt omnes eum debere restituere hujus valorem seu æstimationem. Et quidem docent jurisperiti non requirendam esse impossibilitatem absolutam : quia beneficium mutuatario præstitum non debet in ipsius nimium gravamen converti. Cavendum tamen ne mutuans ipse damnum patiatur. Si res varium valorem habuerit, cujusnam ratio habenda sit pro restitutione facienda jam generatim expendimus (n° 251). Quoad mutuum, et independenter ab omni culpa ex parte mutuatarii, sic statuit Codex civilis, art. 1903 : si conventio inita fuerit de tempore et loco restitutionis, habenda est ratio valoris quem res habet eo tempore et loco; si verò nihil determinatum fuerit, habetur ratio temporis et loci quibus mutuum initum est. Prior pars per se est satis aperta : in posteriori, quæ majorem patitur difficultatem, voluit legislator præcavere ne mutuans rem repeteret tempore maximi valoris, vel mutuatarius offerret tempore valoris minimi.

520. Dixi 2° *Seclusâ speciali conventione :* difficultas est, quænam conventiones justè iniri possint. Ut illud determinetur, triplicem hypothesim distinguere solent theologi : vel nempe prævidetur valoris augmentum, vel imminutio, vel nihil prævidetur. — 1. Si nihil speciatim prævideatur, sed dubium aut incertum sit an valor augendus sit, an imminuendus, docent theologi pactum iniri posse de reddendis iisdem speciebus, quicumque sit earum valor, si agatur de summa pecuniaria; vel de reddendis mercibus ejusdem valoris, quæcumque ideo requiratur quantitas. Tunc enim adest æquale periculum lucri et damni; par est utriusque contrahentis conditio : ac proinde nulla est injustitia; initur contractus aleatorius. — 2. Si prævideatur minuendum fore valorem seu pretium, potest mutuans pacisci, ut sibi reddatur idem valor, ac proinde major quantitas physica. Ita DE LUGO, et alii : mutuans jus habet ad valorem præsentem, ac

proinde de illo pacisci potest. Si postea imminuatur valor, imminuitur pro mutuatario ad cujus dominium res transiit : neque mutuans ex mutuo præcisè ditescit, cùm id tantùm recipiat quod dedit; sed tantùm ejus occasione : idem est ac si mutuo dedisset rem quæ alioquin apud ipsum peritura fuisset. — 3. Si prævideatur augendum fore valorem seu pretium, mutuans pacisci potest de eadem quantitate sibi restituenda, inquiunt communiter theologi, quando rem suam servaturus erat usque ad tempus augmenti : tunc enim renuntiat lucro quod obtenturus fuisset; ac proinde æquum est ut hujus compensationem recipiat : deductis tamen expensis quas in re servanda facere debuisset. Sed si mutuans non esset rem servaturus, aliud communiter docent. Si enim agatur de pecunia, dicunt mutuantem tunc recepturum plus quàm dedit, ac proinde intendere lucrum ex mutuo, sicque usuram committere. Si verò agatur de rebus diversis a pecunia, testatur Benedictus XIV, docere theologos morales talem contractum non fore ab usuraria labe immunem; et citat plures theologos et canonistas, quibus tamen non pauci contradicunt. Nobis videtur decisionem multùm pendere a circumstantiis : scilicet si agatur de mutuante qui rem mutuatam sit venditurus, aderit usura, quia lucrum percipiet ex mutuo; si verò sit rem in proprios usus consumpturus, evidens est eum damnum esse passurum nisi eadem quautitas ipsi restituatur.

521. II. Mutuatarius debet restituere tantùm *post aliquod temporis spatium* : alioquin res illi inservire non posset, ut patet; imò sæpe damnum exinde pateretur. Igitur si terminus assignatus fuerit, non tenetur generatim mutuatarius antea reddere; art. 1899 : an adsint exceptiones huic regulæ, mox videbimus (n° 522). Si verò nullus terminus assignatus fuerit, vel si conventum fuerit mutuatarium redditurum esse quando poterit, arbitrio judicis relinquitur terminum assignare juxta circumstantias; art. 1900, 1901.

522. II° De obligationibus mutuantis. — Quamvis mutuum vulgò habeatur ut contractus unilateralis, cùm

tamen agnoscant omnes occasione mutui quædam officia incumbere mutuanti, operæ pretium est ea indicare.

1° Tenetur *aperire vitia* rei mutuatæ, quemadmodum diximus de commodante (n° 515) : statuit enim art. 1898 mutuanti incumbere eamdem obligationem quam pro commodato, sancit art. 1891 quem *ibidem* exposuimus.

2° Tenetur *rem non repetere* ante tempus conventum, vel, deficiente conventione, ante tempus a judice, si opus sit, determinatum ; art. 1899, 1900, 1901. Hic non renovatur dispositio articuli 1889, ex qua commodans potest aliquando, superveniente necessitate, rem suam ante tempus repetere : ratio discriminis ea esse videtur, quòd multò facilior sit restitutio in commodato in quo agitur de re non fungibili quæ remanet apud commodatarium, quàm in mutuo ubi res utenti perit. Existimamus tamen, superveniente mutuantis necessitate improvisâ, teneri posse mutuatarium, saltem ex caritate, ad rem ante tempus restituendam.

3° Tenetur mutuans *nihil exigere* ultra rem mutuatam, seu, ut loquuntur theologi, *ultra sortem*, nisi habeat titulum aliquem specialem. Ut ait Benedictus XIV, *Mutuum suâpte naturâ tantumdem duntaxat reddi postulat quantum receptum est.* Hinc facilè agnoscunt omnes tum theologi, tum jurisperiti, gratuitatem esse de natura mutui, ideoque, seclusâ quâlibet conventione, non posse mutuantem aliquid exigere ultra id quod dedit : et Codex civilis permittendo auctarium exigere, requirit conventionem scripto initam : art. 1907 ; statuens tamen, eum qui solvit auctarium de quo non inita fuerat conventio non posse illud repetere : art. 1906.

Sed quæstio est gravissimi momenti, an liceat pacisci de auctario solvendo, prout hodie permittit Codex civilis, art. 1905? De ea agemus in capite speciali, ut jam præmonuimus, ubi scilicet *de Usura* (n° 547 et seq.).

523. — 4° Huc etiam referri potest quæstio quam vulgò expendunt theologi, utrùm *mutuum sit de præcepto*, seu utrùm adsit obligatio dandi mutuo his qui postulant aut indigent? — Cùm solutio pendeat, non ex mutui

natura, sed ex præcepto caritatis, potiùs spectat ad Tr. *de Caritate*. Hic ergo satis erit principia breviter indicare.

Ante omnia, « Neminem id latere potest, inquit BENEDICTUS XIV, Encyclica *Vix pervenit*, § 3, v, quòd multis » in casibus tenetur homo simplici ac nudo mutuo alteri » succurrere, ipso præsertim Domino edocente, *Volenti* » *mutuari a te ne avertaris*. » Et revera si sæpe urgeat præceptum eleemosynæ, ut est inconcussum, a fortiori aliquando urgere potest præceptum mutuo dandi, quando nempe possumus mutuum dare, non verò eleemosynam tribuere, vel quando sufficienter proximus adjuvari potest per simplex mutuum. Exstat insuper Dei præceptum, sæpius in veteri lege inculcatum, præsertim *Deuter.*, XV, 8 et seq., *Eccli.*, XXIX, 2 et 13; quodque nedum abrogatum fuerit in nova lege, potiùs fuit a Christo confirmatum, speciatim *Luc.*, VI, 30 et seq., ut ex postea dicendis intelligetur. Ut autem determinetur præcepti extensio, distinguendi sunt in varias classes qui mutuum petunt.

1. Quoad divites qui mutuum petunt ad augendas opes, vulgò dicunt theologi non adesse obligationem iis mutuandi : non versantur in necessitate. Quidam tamen sentiunt adesse obligationem sub levi, quando rationabiliter petunt. Si quando admittatur aliqua obligatio, non erit mutui omnino gratuiti; sed si adsit titulus, poterit mutuans auctarium percipere, quia *Prima sibi caritas*.

2. Quoad divites qui verè nunc mutuo indigent, agnoscunt theologi obligare præceptum caritatis ad iis præstandum officium quod in pari circumstantia nobis ipsis præstari rationabiliter vellemus. Sed ut determinetur quousque urgeat, videndum quænam sit necessitas petentis, quænam natura bonorum ex quibus mutuans ei succurrere potest, secundùm regulas quæ exponuntur ubi *de Eleemosyna*. Tunc etiam potest mutuans exigere compensationem damni emergentis, etc. : etiam hoc onus mutuatario imponens, satis prospicit hujus necessitati.

3. Quoad pauperes qui bona sunt deinceps habituri,

omnino urget obligatio mutui. Obligat enim charitas ad subveniendum necessitatem patientibus vel per eleemosynam vel per mutuum; sed eleemosynam iis largiri non est necesse, cùm bona sint habituri. Ex regula autem mox indicata judicabitur quousque extendatur obligatio; item an possit exigi compensatio damni.

4. Quoad eos qui sunt omnino pauperes, urget erga eos præceptum eleemosynæ, prout alibi evolvitur : non ergo agi potest de mutuo iis dando; frustra enim, imò et crudeliter non minùs quàm derisoriè, iis imponeretur obligatio reddendi quam implere non possunt.

CAPUT XI.

DE CONTRACTU CENSUALI.

524. Postquam statuit Codex civilis, art. 1905, posse iniri pactum de lucro ex simplici mutuo percipiendo, addit, art. 1909 : « On peut » stipuler un intérêt moyennant un capital que le prêteur s'interdit » d'exiger. Dans ce cas le prêt prend le nom de constitution de rente. » In nostro igitur Codice census habetur ut omnino affinis cum mutuo. Sed veteres jurisperiti et canonistæ censum potiùs referunt ad contractum venditionis, quo nempe, mediante pretio, jus acquiritur ad pensionem annuam. Hanc esse notionem ab omnibus jurisperitis allatam testatur Troplong. Hinc etiam in jure canonico de censu agitur sub titulo *de Emptione et venditione, Extrav. comm.*, III, V. Ita etiam theologi. Quod mirum non videbitur, si attendatur censum ideo præsertim invaluisse ut vitaretur usura; proindeque debuisse ab eo removeri quantùm possibile erat ideam mutui in quo reperitur sedes usuræ. Hodie autem quando Codex civilis censum adjungit mutuo non gratuito, non illum præcisè removet a venditione, inquit Troplong, sed potiùs mutuum non gratuitum ad venditionem adducit.

Census potest variis titulis constitui, ut permutatione, donatione, etc. Loquemur tamen potissimùm de constitutione censûs per venditionem-emptionem, quia hic est modus frequentissimus, et quem respiciunt difficultates enucleandæ. Census itaque hoc modo sumptus definiri potest : *Contractus quo quis soluto pretio quod repetere non poterit acquirit jus pensionem annuam ex re frugifera vel ex persona percipiendi.*

Dicitur 1° *Contractus*, et quidem 1. *realis*, quia non perficitur nisi per solutionem pretii, cùm non adsit obli-

gatio solvendi censum nisi post receptum pretium : sicque differt a venditione quæ est contractus consensualis. 2. *Non solemnis*, quia nullam formam specialem præscribit lex civilis. 3. *Onerosus*, quia vergit in utilitatem utriusque contrahentis : et quidem *commutativus*, non aleatorius, licèt aliquando quoddam periculum occurrat, ut videbitur ; est tamen quædam species census, qui nempe dicitur vitalitius, quem inter contractus aleatorios reponit Codex civilis. 4. *Unilateralis*, quia semel soluto pretio nulla obligatio directè imponitur ei qui censum percipere debet : in quo differt etiam a venditione. — 2° Quo *quis :* ille qui acquirit jus ad pensionem dicitur censualista, *Rentier ;* emptor, *Acquéreur ;* creditor, *Credi-rentier*, ut vocatur a quibusdam jurisperitis : qui verò se obligat dicitur censuarius, venditor, debitor. — 3° *Soluto pretio :* quod hic sumitur sensu latissimo ; intelligitur id quod semel præstandum habet censualista ut jus suum acquirat. — 4° *Quod repetere non poterit*, quia in hoc differt census a mutuo, in quo mutuans jus habet ad recuperandam sortem, seu capitale quod dedit, dum in censu capitale illud, non solùm transfertur in dominium censuarii ut in mutuo, sed in perpetuum alienatur. Hanc rationem discriminis agnoscunt jurisperiti et theologi ; eamque expressè sancit Codex civilis, art. 1909 mox citato. — 5° *Acquirit jus percipiendi pensionem annuam :* illa pensio vocatur aliquandò *Canon*, *Reditus*, aut *Redditus*, quia quotannis redit et redditur. Consistere potest vel in pecunia, vel in aliis rebus, v. g., fructibus. Sed sedulò advertendum est objectum contractûs non esse ipsas pensiones annuas successivè percipiendas, sed jus illas percipiendi. — 6° *Ex re frugifera vel ex persona*, quia jus illud potest fundari vel in re frugifera, vel in persona seu ejus labore, industria ; et ideo multiplex census distinguitur.

Census est vel reservativus, vel consignativus. Quando aliquis plenum rei alicujus utilis et fructiferæ dominium in alterum transferens reservat sibi pensionem annuatim aut certo quodam definito tempore solvendam, dicitur census *reservativus (rente Foncière.)* Quando verò dominus rei,

retento dominio, concedit alteri jus percipiendi ex ea annuam pensionem, vocatur census *constitutus*, seu *consignativus* (*rente Constituée.*)

Census, præsertim consignativus, iterum distinguitur in realem, personalem, et mixtum. Census *realis* est ille qui constituitur in aliqua certa re fructifera, ex qua debeatur census, ita ut obligatio solvendi transeat ad quemcumque hujus rei possessorem, et, re pereunte, pereat census. *Personalis*, qui constituitur immediatè in ipsa persona, quæ se suosque successores obligat ad solvendum, sinè ordine ad rem aliquam ex qua solvenda sit pensio, quamvis aliunde ista persona debeat habere sive bona sive lucra ex quibus hanc pensionem solvat. *Mixtus* demum, qui immediatè constituitur super re et persona, ita ut utraque æquè immediatè obligetur, et ex utraque sit pariter solvenda pensio, adeò ut re pereunte debeatur ex lucris personæ, et pereunte persona debeatur ex re.

Si pensio solvenda sit in pecunia, dicitur census *Pecuniarius*, si in fructibus, *Fructuarius*. Est *certus*, quando pensio certa est designata, ut tot modii; *incertus*, quando solùm pars aliquota et incerta est designata, ut quarta vel quinta pars fructuum.

Perpetuus est, qui vi contractûs non habet terminum determinatum, ideoque transit ad hæredes tam censuarii quàm censualistæ. *Temporalis* est, qui ex contractu habet terminum determinatum, vel certum, ut viginti annos, vel incertum, ut tempus vitæ sive censualistæ, sive censuarii, aut alterius personæ; in posteriori casu dicitur census *Vitalitius*, *rente Viagère.*

Tandem dividitur in redimibilem, et irredimibilem. *Redimibilis* dicitur ad nutum censuarii, aut censualistæ, aut utriusque, quando alterutri, vel utrique competit facultas exigendi ut contractus resolvatur per restitutionem capitalis absque deductione pensionum quæ interim obtigerunt : *Irredimibilis*, quando talis facultas non competit.

His præmissis, agemus seorsim de censu reservativo, de censu consignativo, et de censu vitalitio.

ART. 1. *De censu reservativo.*

525. Census reservativi exemplum deprehendunt auctores in *Genesi*, XLVII, 23, 24, ubi Joseph Ægyptiorum bona in Pharaonis dominium acquisita postmodum Ægyptiis restituit, annuâ super his quintæ partis pensione Pharaoni reservatâ. Nulla movetur de ejus legitimitate controversia : qui alteri confert rei suæ dominium potest aliquam hujus partem, seu aliquam ex ea pensionem, sibi reservare. Sufficit ut, si conferat titulo oneroso, minuat pretium ratione oneris quod imponit. Cavendum tamen ne postea censualista viis indirectis imponat censuario gravius onus quàm ab initio imposuerit.

Census illi apud nos olim receptissimi erant, et vocabantur *Rente foncière*, seu *Bail à rente*. Duplicis erant speciei, *Bail à rente seigneuriale*, *Bail à rente simple*. Primæ speciei census fuerunt initio perturbationis Gallicæ abrogati, tanquam aliquid feudale; nec in ea abrogatione satis servatæ sunt leges justitiæ et æquitatis. Alterius verò speciei mutata est deinceps natura. Scilicet olim census reservativus erat veluti retentio partialis dominii; conferebat censualistæ jus in re : unde non poterat redimi, quia nemo cogi potest vendere rem suam. Si igitur censuarius vellet se liberare, id non poterat nisi per rei super qua debebatur census derelictionem, quæ dicebatur *Déguerpissement*. Hinc census illi recensebantur inter bona immobilia, adeò ut super iis constitui posset hypotheca. Hæc per varias leges tempore perturbationis Gallicæ immutata fuerunt. Quando actum est de conficiendo Codice civili, quæstione exortâ an admittendi forent census reservativi, post longam discussionem, Codici civili jam absoluto additus est art. 530, in quo statuitur quemlibet censum perpetuum institutum velut pretium venditionis, vel tanquam conditionem cessionis boni immobilis, esse essentialiter redimibilem : liberum tamen est censualistæ determinare conditiones hujus redemptionis, et pacisci hanc non habituram locum ante certum quoddam tempus, quod non potest extendi ultra triginta annos. Hinc agnoscunt omnes quemlibet censum hodie computari inter bona mobilia, ideoque non esse ut olim partem seu fractionem dominii; censualistam proinde non servare jus in re, sed solummodo jus ad rem, seu esse merum creditorem : censuarium verò esse debitorem, qui non liberatur per interitum rei, nec potest se liberare ut olim rem derelinquendo (*en déguerpissant*), sed tantùm redimendo censum prout facultas ipsi conceditur. Agnoscunt pariter hoc esse discrimen inter censum qui constituitur pro traditione boni immobilis, et eum qui pro traditione rei fungibilis : prior potest constitui irredimibilis per 30 annos, ex art. 530; posterior verò non nisi per 10, ex art. 1911.

Sed non ita constat an hoc sit unicum discrimen, adeò ut cæteroquin

omnes census hodie admissi ejusdem naturæ dici debeant : item utrùm art. 530 extendi debeat ad census reservativos jam antea existentes. De his quæ ad scopum nostrum non tanti referunt videantur jurisperiti.

Art. 2. *De censu consignativo.*

526. Duo hic expendenda habemus : 1° an sit licitus; 2° quænam esse debeant illius conditiones.

I° *An* LICITUS SIT *census consignativus.* — Quando invalescere cœpit talis census, sæculis XIII et XIV, non defuerunt qui eum illicitum reputarent. Initio sæculi XV, re nondum plenè eliquatâ, expetitum fuit judicium MARTINI V et CALIXTI III; ille an. 1425, iste an. 1455, Constitutiones ediderunt, quæ insertæ sunt juri canonico, *Extrav. comm.*, III, V, quibus declarant licitos esse nec per Bullas contra usuram latas prohibitos contractus qui ipsis propositi fuerant, cum variis scilicet conditionibus, quas referunt : sed non dicunt necessarias esse omnes illas conditiones; unde contractus qui iis omnibus non gauderet, non posset quidem dici ab his SS. Pontificibus approbatus, sed neque pariter reprobatus.

Post eas decisiones vix ulla superfuit difficultas de censu *reali.* Et revera si agatur de *censu fructuario*, nihil aliud est quàm ususfructus totalis aut partialis : porrò nemini dubium est quin liceat usumfructum emere. Si agatur de *censu pecuniario*, quemadmodum possum alteri donare aut legare jus percipiendi pensionem annuam ex meis bonis, ita possum et vendere; quia profectò est pretio æstimabile. Concurrunt omnia ad emptionem requisita, scilicet merx et pretium. Merx quidem, quæ non est, ut supponebant adversarii, ipsa pensio seu pensiones successivè solvendæ, sed jus ad illas percipiendas; sicut quando emo agrum frugiferum, non emo fructus annuè percipiendos, aliàs ager nunquam posset satis emi, sed jus præsens ad illos. Adest etiam pretium justum, licèt de facto pensiones annuæ post lapsum temporis illud superare debeant. Etenim jus ad pensiones annuas communi hominum judicio minoris æstimatur quàm omnes pensiones si essent simul collectæ; sicut quamvis

fructus agri per multos annos percipiendi, si essent simul collecti, superarent pretium emptionis agri, jus tamen ad illos quod emitur in emptione agri non superat ejus pretium. Et ratio est, quia jus ad plura minuta per longissimi temporis spatium successivè recipienda, et variis incommodis ac periculis obnoxia, æquo judicio minoris valet quàm valerent omnia ista minuta simul et semel collecta, nullis incommodis aut periculis obnoxia, et ad quodcumque negotiationis et lucri genus longè utiliora. Ita Billuart, et alii communiter theologi.

527. Sed quando agitur *de censu personali*, non eodem modo sublata est controversia. Constitutiones Martini V et Calixti III, possunt quidem de isto censu intelligi : sed tamen communiter intellectæ fuerunt tantùm de censu reali. Exstat deinde constitutio S. Pii V, 19 jan. 1569, in qua reprobat censum personalem. Tandem juxta non paucos theologos, præsertim antiquiores, in tali censu reipsa nil aliud occurrit quàm mutuum cum lucro : qui enim dat mille ut habeat annuè quinquaginta, unde fiet quòd post annos quadraginta habiturus sit duo millia, quid aliud facit quàm mutuare mille, ut post quadraginta annos habeat duo millia?

Attamen dicendum cum pluribus antiquis et omnibus ferè modernis *licitum esse censum personalem.*

Prob. 1° *Ex auctoritate.* Ex una parte, constat ex ipsis verbis Constitutionem S. Pii V non esse decisionem, sed legem positivam, quæ vim non habet nisi in locis in quibus est recepta; ex altera, jamdiu ita apud theologos invaluit præsens opinio, et præsertim tam apertè ad praxim deducta est in Galliis, Belgio, Germania, etc., videntibus et approbantibus pastoribus Ecclesiæ, ut jam omne dubium saltem practicè sublatum censeri debeat. 2° *Ex ratione.* Ad hoc reducitur census personalis ut aliquis, datâ semel et irrevocabiliter pecuniæ summâ, jus acquirat ad pensionem annuam percipiendam. Porrò in tali conventione nihil illicitum reperitur : nec adest usura, nec injustitia. 1. *Non adest usura.* Nam usura non reperitur sinè mutuo : atqui hic non fit mutuum. Ad mutui

enim essentiam pertinet obligatio reddendi post certum tempus rem mutuatam : hìc autem non imponitur talis obligatio, sed res data alienatur irrevocabiliter. 2. *Nec injustitia.* Etenim hìc quemadmodum in censu reali reperitur merx et justum pretium : sicut possum alteri donare aut legare, ita possum et vendere pretio per communem hominum existimationem determinato jus ad pensionem annuam, solvendam ex labore et industria mea vel ex meis bonis et lucris quibuscumque, quemadmodum tenetur solvere ille qui credito emit; et quidem eo pacto ut hæc obligatio, non secùs ac aliæ obligationes personales ex contractu, transeat ad hæredes juxta vires hæreditatis.

Quid verò sentiendum *de censu temporaneo*, de illo scilicet in quo pensiones non debentur in perpetuum, sed solùm ad tempus determinatum, v. g., ad octo vel decem annos? — Supponendo, prout semper supponendum est, eo tempore elapso non esse restituendam sortem principalem (alioquin non esset census nisi de nomine, sed in rei veritate esset mutuum), eodem modo ratiocinandum est ac de censu perpetuo : unde existimamus *censum temporaneum*, sive realem, sive personalem, *licitum esse posse*, modò pro sat diuturno tempore constituatur ut sit vera emptio et venditio, non verò mutuum simulatum.

Prob. Eadem argumenta quæ probant licitum esse censum perpetuum, ostendunt licitum esse et temporaneum. Illud videtur per se satis apertum : si enim liceat emere jus perpetuum ad partem fructuum, vel ad pensionem annuam, cur non liceret emere jus temporaneum?

Dixi *Modò constituatur pro sat diuturno tempore, etc.*, quia si pro paucis tantùm annis constituatur, et ita determinetur pensionis quantitas ut censualista intra illud breve tempus plus recipiat quàm dederit, conventio illa mutuum usurarium omnino sapiet : locus erit præsumendi censualistam nil aliud intendere quàm sortem cum lucro recuperare, et ideo tantùm consentire restitutioni divisim et per partes faciendæ, ut sibi vel aliis illudat. Insuper tunc deerit ratio cur possit justè plus recipere quàm dedit, ex eo nempe desumpta quòd ingens pecuniæ summa simul

data pluris valeat quàm quæ nonnisi post longum tempus et per partes cum multiplici periculo colligenda est : summa enim post paucos tantùm annos recipienda non aliis subjacet incommodis quàm quæ communi mutuo adnexa sunt. Quodnam autem tempus exigendum sit, pendere potest ex variis circumstantiis, ex quibus dijudicari poterit de intentione contrahentium, et de justitia pretii.

528. IIº De CONDITIONIBUS *census consignativi.* — Plurimæ conditiones exiguntur in Constitutione S. Pii V jam citata : sed quæ requiruntur de jure naturæ, ad pauca reduci possunt.

I. *De Pretio census consignativi.* Quando census acquiritur per emptionem, facilè intelligitur requiri ut pretium sit justum, id est, ut adsit æqua proportio inter illud quod solvit censualista, et censum quem debet percipere. Illud determinatur vel ex communi hominum æstimatione, vel ex auctoritate legis. Jamdiu apud nos lex determinavit pretium censuum, quod diversum fuit pro variis temporibus : aliquando constitui debuit census, ut dicitur, *au denier dix*, aliquando *au denier douze*, *au denier trente*, *etc.* ; quæ verba significant pro censu unius danda esse decem, duodecim, triginta, etc. Hodie cùm lex æquiparet censum mutuo, communiter docent jurisperiti censui applicandam esse taxationem factam per legem 3 sept. 1807; ac proinde inter privatos constituendum esse censum ad quinque pro centum, seu, ut olim dicebatur, *au denier vingt.* — Dicitur *Inter privatos*, quia quando Gubernium recurrit ad censuum creationem, illa lex non attenditur, sed pretium determinatur per licitationem seu concursum eorum qui volunt emere.

Sed circa illud pretium legale quædam sunt advertenda.

1º Illa taxatio facta fuit solùm in gratiam debitoris seu censuarii, ita ut non possit imminui pretium, v. g., dari pro censu unius minùs quàm viginti; sed non obstat quominus pretium augeatur, seu aliis verbis quominus censualista percipiat minùs quàm quinque pro centum. Ratio est, quia nonnisi ex illa parte occurrit periculum injustitiæ, quatenus timendum est ne censuarius qui indi-

get pecuniâ adducatur ad solvendum plus quàm quinque pro centum pro summa quam recepit.

2° Taxatio legalis directè respicit primam constitutionem, seu, ut aiunt, creationem census. Sed semel constitutus potest emi minori pretio; habetur instar aliarum mercium, quarum pretium determinatur æstimatione communi hominum : agnoscunt auctores fieri posse ut sive ex ipsa lege, sive ex consuetudine, ita rés se habeat, et communiter admittitur ita se habere in Gallia. Licet ergo emere pretio currenti, quod determinatur sive ex copia censuum qui venales exponuntur, sive ex numero emptorum et venditorum, sive ex aliis circumstantiis. Adest solùm difficultas pro ipso censuario : de quo mox (n° 529).

529. II. *De redimibilitate census consignativi.* Census dicitur redimi quando is qui censum vendendo pretium recepit hoc reddit emptori, sicque eximitur a censu persolvendo. Redimibilitas spectari potest vel ex parte venditoris seu debitoris, vel ex parte emptoris seu creditoris : id est, quæri potest an debitor jus habeat propriâ sponte censum redimendi, an a creditore cogi possit ad redimendum?

1° *Ex parte venditoris.* Communiter agnoscunt auctores non esse essentiale censui ut sit redimibilis ex parte venditoris : est enim species venditionis; porrò constat venditionem esse ex natura sua irredimibilem. Sed simul fatentur nil obstare quin census constituatur redimibilis : imò æquitati et bono publico omnino consentaneum est ut debitores, qui ordinariè nonnisi necessitate pressi census super se constituunt, possint ab eo onere se liberare. Hinc census a Martino V et Calixto III approbati supponebantur redimibiles, idemque exigit S. Pius V. Apud nos, ex art. 1911, census perpetuus est essentialiter redimibilis : solummodo pactum iniri potest, vi cujus debitor non possit sese liberare ante quoddam tempus determinatum, quod non potest extendi ultra decennium, vel non nisi quodam tempore determinato post præmonitum creditorem. Si pactum iniretur de censu nunquam redimendo, vel nonnisi post quindecim annos, census esset validus,

sed post decem annos redimibilis. Ita hodie jurisperiti.

Illa redemptio fit per restitutionem pretii quod recepit ille qui censum vendidit. Id supponunt omnes jurisperiti. Si compertum non sit quale pretium solutum fuerit, summa restituenda determinatur juxta taxationem quæ locum habebat quando census fuit constitutus. Non potest pactum iniri de restituendo majori pretio quàm persolutum fuerit : id haberetur ut usurarium ; et insuper eo modo posset reddi census quasi irredimibilis. Si pactum ineatur de restituendo minori pretio, habebitur ut donatio. Sed nil vetat iniri pactum ut census redimatur, non juxta pretium quo constituitur, sed pretio currenti tempore redemptionis, ita ut si tunc census pluris æstimetur, majori pretio, si minoris, minori redimatur ; tunc enim servatur justum pretium in utroque tempore ; insuper est plerumque contractus aleatorius. Secluso autem pacto, si pretium imminutum fuerit, supponunt communiter theologi non posse venditorem cogere censualistam ad recipiendum præsens pretium, sed debere, si nunc coactè redimere velit, refundere totum pretium quod recepit : in eo sensu censetur initus contractus. Sed si ipse censualista censum suum venalem exponat, non videtur cur ipse debitor non posset emere pretio currenti : non potest conqueri creditor qui liberè vendit. Sed illa decisio non respicit nisi casum in quo imminutio provenit a causis debitori extrinsecis. Etenim si imminutio pretii oriatur ex culpa debitoris, v. g., propter ejus moram aut difficultates in solvendo, fatentur theologi eum non posse hoc imminuto pretio redimere : tenetur contrà efficere ut census recuperet suum pretium. In quolibet autem casu, debitor non potest censum redimere nisi solutæ fuerint omnes ejus reliquiæ (*tous les arrérages*). Ita jurisperiti. Item redemptio non potest fieri per partes ; id est, nisi aliter conventum sit, non potest debitor cogere creditorem ad recipiendum partem pretii, sed debet illud simul integrum refundere : id sequitur ex principio generali quod statuit art. 1244 (n° 252).

530. — 2° De redimibilitate censûs *ex parte emptoris.*

Tres assignantur casus in quibus emptor seu censualista potest ex lege civili cogere venditorem seu censuarium ad sibi refundendum pretium capitale. 1. Si debitor per duos annos omittat satisfacere suæ obligationi; art. 1912 Cod. Civ. 2. Si debitor non tradat assecurationem promissam in contractu, art. 1912. Idem profectò dicendum, si destruat assecurationem jam datam. 3. Si debitor incidat in statum decoctionis (*en faillite* ou *déconfiture*); art. 1913 : apertum est tunc non superesse creditori assecurationem. Hi tres casus habendi sunt ut consectarium principii, art. 1184 sanciti, juxta quod conventiones resolvuntur propter inexsecutionem conditionum quas includunt. Unde si agatur de censu constituto titulo gratuito, v. g., per donationem aut testamentum, docent jurisperiti non debere applicari articulum 1912 : articulus enim ille expressè non loquitur nisi de censu qui constitutus fuit titulo oneroso, de quo scilicet agitur art. 1909; nec debet donator tam rigorosè tractari ac venditor. Sed etsi agatur de censibus constitutis ante Codicem civilem, iis applicari art. 1912 tuetur jurisprudentia constans supremæ Curiæ: quia ea quæ respiciunt exsecutionem contractuum ordinanda sunt per legem temporis in quo locum habere debet illa exsecutio.

Extra hos casus, jus nostrum non admittit in emptore jus exigendi ut census redimatur. Ut enim jam vidimus, in eo naturam censûs reponunt jurisperiti et discrimen a mutuo, quòd sors repeti non possit. Si ergo emptor sibi reservaret jus exigendi sortem, jam non adesset census. Sed non ideo pactum illud reprobaretur a lege : cùm enim admittat mutuum cum auctario, non reprobaret indirectè factum quod directè fieri potuisset, nisi per hanc viam obtineretur auctarium supra taxationem legalem.

Sed quæstio est gravis momenti, quid de censu redimibili ex parte emptoris, seu ut communiter dicitur, ex utraque parte, sentiendum sit attento jure naturæ seu potiùs in foro conscientiæ; utrùm nempe haberi possit tanquam licitus etiam ab iis qui admittunt illicitum esse lucrum ex mutuo perceptum? Cùm ea quæstio accuratè

solvi nequeat nisi institutâ comparatione inter censum utrinque redimibilem et mutuum usurarium, ejus solutionem remittimus ad alium locum, ubi nempe agemus *de Usura* (nº 583).

Art. 3. *De censu vitalitio.*

531. Iº Census vitalitius generatim ille est qui finiendus est cum vita unius aut plurium personarum in contractu designatarum. Hinc includit aliquid aleatorium, cùm omnino incerti sint dies hominis. Unde de eo agit Codex civilis sub titulo *de Contractibus aleatoriis*. Ex parte tituli quo frequentiùs fundatur, definiri potest: *Contractus quo quis titulo gratuito vel oneroso acquirit jus ad pensionem annuam percipiendam durante vitâ unius aut plurium personarum designatarum.*

Duobus ergo constat ille contractus. — 1° *Jure ad pensionem annuam*, id est, ad pecuniæ summam, vel ad aliquam quantitatem fructuum determinatam : si quis enim, v. g., collatâ pecuniæ summâ jus acquirat ad habitationem, victum et vestitum usque ad vitæ finem, est conventio quam vocant jurisperiti *Bail à nourriture*, sed non est census vitalitius, neque hujus regulis subjicitur. Objectum igitur immediatum contractûs est jus ad pensiones annuas : quod inter bona mobilia recensetur, art. 529. Pensiones autem habentur instar fructuum qui ex sorte seu capitali producuntur, et recensentur inter fructus civiles. Hinc jus ad illas non acquiritur nisi de die in diem : unde moriente censualistâ, seu potiùs personâ designatâ, non debentur pensiones nisi proportione habitâ dierum quibus vixit; attamen si juxta conventionem aut titulum pensio persolvenda esset in antecessum (*d'avance*), pars quæ termino adveniente solvi debuit remanet creditori acquisita ab illo die : art. 1980 Cod. civ. —2° Constat contractus *aleâ*, quatenus *alligatur vitæ* unius aut plurium personarum. Ordinariè census constituitur super vita creditoris; et quando mentio fit de censu vitalitio, res ita intelligitur, nisi aliud exprimatur : sed constitui potest etiam super vita alterius;

art. 1971 : tunc nullatenus necesse est ut ille tertius sit capax contrahendi; siquidem, ut aiunt jurisperiti, non est *in dispositione*, sed tantùm *in conditione*. Potest autem constitui, ut dicitur, *sur une ou plusieurs têtes;* art. 1972 : tunc majorem aleam incurrit debitor, ut patet; unde hujus circumstantiæ ratio habetur quando determinandum est pretium censûs. Intelligitur autem vita naturalis : census non extinguitur per mortem civilem illius cui debetur; art. 1982 : in contractibus enim quando homines loquuntur de vita et morte, intelligunt vitam et mortem naturalem; ne cogitant quidem ordinariè de morte civili. Si igitur creditor moriatur civiliter, census ipsi adhuc persolvetur, si sit per modum pensionis alimentariæ; secùs verò, transibit ad illius hæredes. Ita Merlin, et alii.

Ex his intelligi potest : 1° ad censum, quomodocumque constituatur, requiri ut *vivat persona super cujus vita constituitur :* si enim tempore contractûs mortua sit, licèt mors ejus ignoretur, contractus nullum producet effectum; art. 1974 : tunc deest quasi elementum seu substratum contractûs, et nulla incurritur alea. Imò idem statuitur de persona jam laborante morbo ex quo mortua est intra viginti dies a die contractûs; art. 1975 : adest tunc error circa circumstantiam quæ habetur ut substantialis in tali contractu; et si venditor hanc cognoverit, adest insuper dolus, cùm tunc nullam aut ferè nullam aleam incurrat. Est autem hæc regula omnino generalis, et applicatur etiam quando agitur de morbo ipsius creditoris : quamvis enim non ignoraverit suum statum, potiùs præsumitur eum falsâ spe delusum fuisse, ut toties evenit; qui enim se brevì moriturum putat non init contractum hujusmodi. In eo sensu judicant tribunalia. Sed art. 1975 non applicatur ei qui jam morbo laborans rem aliquam donat, sibi reservando censum vitalitium : scopus enim articuli est impedire ne lædatur æqualitas; ergo non attingit donationem. Ita judicavit Curia suprema. — 2° Ut creditor possit censum postulare, necesse est ut ostendat se vivere vel personam designatam; art. 1983 : census non debetur nisi conditionatè, ac proinde creditoris est probare verifi-

cari conditionem. Illud fit per testimonium quod dicitur *Certificat de vie.*

532. IIº Multiplici modo *constitui potest* census vitalitius.

I. Constitui potest *titulo gratuito*, per donationem inter vivos, vel per testamentum; art. 1969. Certè nil obstat quin aliquis alteri hoc modo faveat, nec dubium moveri potest de legitimitate talis censûs. Non debet tunc reponi inter contractus aleatorios (quatenus pro onerosis habentur), et subjicitur regulis specialibus.

1º Quando constituitur titulo ex omni parte gratuito, servandæ sunt formæ præscriptæ pro donatione, vel pro testamento; art. 1960.—Dicitur *Ex omni parte*, quia si pretium solvatur ab uno in gratiam alterius, quamvis adsit liberalitas, non subjicitur formis ad donationem præscriptis; art. 1973 : in eo casu est quidem donatio erga censualistam ; sed adest contractus onerosus inter censuarium et eum qui pretium solvit, et donatio non est nisi onus seu accessorium hujus contractûs, seu indirecta : ergo non subjicitur formis, juxta antea dicta (nº 317); tunc applicatur art. 1121. Vid. suprà (nº 121).

2º Si census constituatur *per modum donationis*, etiam indirectæ, irritus est quando est in gratiam personæ incapacis accipiendi; reductibilis verò, si superet portionem disponibilem; art. 1970, 1973.

II. Si census acquiratur *numeratâ pecuniâ*, hæc alienatur sicut in censu perpetuo; imò et perfectiùs, cùm non adsit spes de redimendo censu. Adest ergo utrobique vera venditio et emptio ; sed cum hoc discrimine, quòd hìc adsit simul aliquid essentialiter aleatorium : emptor enim dat sortem, quæ est aliquid certum, pro reditu quem fortè mors præmatura brevì eripiet; venditor autem, pro pretio quod recipit, fortè diutissimè censum persolvendum habebit : sicque est *commutatio periculi.*

Hinc 1º censûs taxatio non determinatur per legem, sed pendet a libera conventione contrahentium; art. 1976. Ratio est, quia pretium varium esse debet pro variis circumstantiis omnino mutabilibus : pendet enim ex ætate

ejus ad cujus vitam præstatio reservatur, et ex ejus complexione et valetudine; item ex ubertate seu penuria pecuniarum, et aliis ejusmodi. Non potuit ergo lex statuere taxationem uniformem. Ordinariè constituitur a 7 ad 15 p. 100. Si census ita constituatur ut emptor non recipiat nisi eamdem præstationem quam obtinere potuisset in censu perpetuo, tunc censetur donare summam quam solvit, et sibi reservare tantùm ejus usumfructum vitâ durante; proinde non posset ita agere erga eum cui donare non posset. Ita Pothier. Cùm tamen ea donatio perficiatur per traditionem summæ pecuniariæ, non subjicitur formis donationum (nº 315).

Hinc 2º dubium moveri nequit de legitimitate censûs vitalitii. 1. Eædem afferri possunt rationes ac pro censu perpetuo : quibus addi potest utrumque contrahentem æqualiter subire aleam lucrandi vel amittendi; ideoque nullam adesse injustitiam. 2. Non est periculum usuræ : nullum adest mutuum, cùm sors refundi non debeat; et excluditur usura per incertitudinem vitæ, quæ facit ut emptor nihil certi lucri exspectare possit, nec venditor damni. 3. Equidem evenire potest, et aliquando evenit, ut debitor inducatur ad exoptandam mortem creditoris. Sed illud vitium, non contractui, sed personæ tribuendum est. Idem evenire potest occasione successionis, testamenti, etc., quæ tamen non ideo reprobari possunt. 4. Contrà sæpe valde utilis est præsens contractus, utpote suppeditans seni, infirmo, indigenti medium obtinendi reditum fragilitati suæ vitæ proportionatum.

III. Census vitalitius acquiri potest *per cessionem boni mobilis vel immobilis*; art. 1968. In eo differre videtur iste casus a præcedenti, quòd, ubi numeratur pecunia, hæc habeatur ut pretium, et ipsa præstatio annua tanquam res vendita : dum bonum mobile aut immobile est e contrario verè res vendita, census verò instar pretii; et illud est quod vulgari loquendi modo disertè exprimitur, quando talis conventio vocatur *Vente à fonds perdu*. Hinc autem concludi potest in casu cessionis boni immobilis esse contractum consensualem, vi cujus ante traditionem rei

dominium transit ad emptorem, et ab ipso debetur census ; item esse contractum bilateralem, cui applicandus est art. 1325, qui exigit duplex scriptum : dum ubi census acquiritur numeratâ pecuniâ, est contractus unilateralis, et realis, sicut census perpetuus (nº 524). Cæterùm agnoscunt jurisperiti censum pro numerata pecunia posse etiam obligare ad instar contractûs consensualis, id est, perfectum esse ante traditionem pecuniæ, si ita paciscantur contrahentes. Quidquid sit, facilè intelligitur censum constitutum pro cessione boni mobilis aut immobilis non minùs legitimum esse ac constitutum pro numerata pecunia : imò magis adhuc apertè recedit ab ipsa usuræ apparentia.

533. IIIº Semel constitutus titulo oneroso *census resolvi potest*, si conditiones conventæ non impleantur. Scilicet statuit art. 1977 censualistam posse postulare resolutionem contractûs, si debitor non det securitates promissas : v. g., si fidejussorem promiserit et non constituat, etc. Idem dicendum videri posset, si debitor non solvat pensiones debitas, quemadmodum statuitur generatim de omnibus contractibus, art. 1184, de venditione, art. 1654, et speciatim de censu consignativo, art. 1912. Attamen statuit art. 1978 non posse censualistam, propter solum defectum solutionis, exigere restitutionem summæ persolutæ, vel fundi alienati; sed posse tantùm exigere ut vendantur debitoris bona, et obtinere ut summa sufficiens adhibeatur ad assecurandum censum debitum. Ut explicetur hæc dispositio, dici potest legislatorem motum per incommoda quæ inducit hæc resolutio, et per difficultatem ordinandi in eo casu jura partium, noluisse ut resolutio fieret propter hanc causam, quæ reipsa minùs est favorabilis quàm præcedens, quia censualista sibi imputare debet quòd nimis facilè secutus fuerit fidem debitoris.

Sed aliunde *redimibilis non est census vitalitius* quemadmodum census perpetuus : statuit art. 1979 debitorem non posse se liberare a sua obligatione offerendo restitutionem summæ capitalis, et condonationem pensionum jam perceptarum; sed teneri persolvere per totam vitam per-

sonæ designatæ, quantumvis hæc protrahatur, ac proinde onerosa fiat obligatio.

534. His omnibus expositis, intelligi potest *qualis contractus* sit census vitalitius. 1. Si constituatur titulo gratuito, non est contractus aleatorius, sed est contractus solemnis, nisi fiat per donationem indirectam aut simulatam (nº 532). 2. Si constituatur titulo oneroso, est aleatorius, et non solemnis : si pro numerata pecunia, est saltem ordinariè realis, et unilateralis ; si verò pro cessione boni, est consensualis, et bilateralis.

CAPUT XII.

DE CAMBIO.

535. Cambium, prout communiter apud auctores sumitur, vulgò definitur : *Lucrosa pecuniæ cum alia pecunia permutatio*. Dicitur *Lucrosa*, quia si neutrius contrahentis lucrum adsit, jam nulla occurrit difficultas. Sed quando agitur de lucro, non intelligitur lucrum purum, seu absque ulla compensatione ; cambium enim non habetur ut contractus gratuitus in quo unus alteri favere intendat, sed uterque proprium commodum quærit, et ille qui lucrum percipit affert ex sua parte laborem, industriam, vel aliud hujusmodi, ut in decursu evolvetur.

Cambium triplex distingui potest, manuale seu minutum, locale, et temporaneum seu ad terminum.—Cambium *minutum* seu *manuale* illud est quo permutatur pecunia cum alia pecunia præsente, v. g., aurum cum argento, moneta unius regionis cum moneta alterius. Qui pecunias diversas expositas habent ad tale commercium exercendum, dicuntur *Cambiatores* seu *Campsores*, gallicè *Changeurs*. — Cambium *locale* illud est in quo permutatio pecuniæ ita fit ut pro pecunia uno loco accepta tantumdem alio loco solvatur : quod quidem dupliciter fit : si permutetur pecunia præsens pro distante, v. g., si hic Parisiis tradam campsori pecuniam recipiendam Lugduni : et si absens pro præsente, ut si mihi tradat campsor pecuniam quam Lugduni postea recipiet. Ideo vocatur etiam

Trajectitium, et quia ordinariè fit mediantibus litteris quarum ope recuperetur pecunia tradita, dicitur pariter cambium *per Litteras*. Qui hoc exercent dicuntur etiam *Campsores*, sed magis propriè apud nos vocantur *Banquiers*, et a jurisperitis et theologis *Bancarii*. — Cambium denique *temporaneum*, *à terme*, est illud quo permutatur pecunia præsens cum pecunia post certum tempus solvenda, licèt non semper in alio loco. Varia sortitur nomina pro diversis civitatibus in quibus est in usu; sic dicitur cambium Lugdunense, Francofordiense, etc.

Ut hæc omnia paucis complectamur, dici potest permutari posse pecuniam vel pro pecunia præsente, et est cambium manuale; vel pro pecunia alio loco recipienda, et est cambium locale; vel pro pecunia alio tempore solvenda, et dicitur cambium temporaneum. De hac triplici specie sigillatim dicemus.

ART. 1. *De cambio manuali*, seu *minuto*.

536. Communiter, ne dicam unanimiter, jamdiu receptum est *licitum esse tale cambium*, modò serventur debitæ conditiones.

Prob. Duplici ex parte occurrunt tituli quibus fundetur justitia cambii, seu potiùs lucri quod ex eo percipitur. 1° Ex *parte campsoris*. Occurrit titulus in officio, sæpe mediante pecuniâ comparato *(la patente)*, et in expensis, industriâ, labore ad illud exercendum : debet enim campsor congregare in magna quantitate pecunias omnis generis ut petentibus satisfaciat, et eas diu relinquere otiosas; debet ministros, domum et alia huic commercio necessaria conducere, subire varia pericula mutationis valoris in monetis, infidelitatis ministrorum, etc.; debet ipse vel ministri interim dum vacant cambio ab alia negotiatione quæstuosa abstinere; hæc autem omnia sunt certè pretio æstimabilia. Est ergo titulus legitimus, absque ulla injustitiæ aut usuræ labe. 2° Ex *parte pecuniæ*. Pecunia sub duplici respectu considerari potest : quatenus est pretium rerum, seu formaliter ut pecunia; et ratione materiæ, seu formæ, quæ sunt diversæ pro diversis monetis. Jam verò,

sub priori respectu agnoscendum est pecuniam habere pretium legale a principe taxatum, nec proinde posse sub eo respectu pluris aut minoris æstimari. Sed sub posteriori respectu, non habet nisi pretium vulgare, quia una moneta est commodior quàm altera, ad plures usus aptior, faciliùs potest occultari vel in longinquum transferri, in pluribus regionibus est recepta, etc. : unde fit ut pro variis temporum et locorum adjunctis pluris minorisve æstimetur, quin ullo modo infringatur taxatio principis, quæ hunc respectum non attingit. Est igitur vera merx vendibilis. Illud faciliùs adhuc intelligitur, si agatur de moneta quæ cursum legalem non habeat in loco ubi initur contractus.

Confirm. ex praxi ubique recepta, et ex ratione boni publici : multi indigent pecuniâ minutâ, multi pecuniis quæ in aliis regnis quò peregrinaturi sunt recipiantur, multi pecuniis quæ facilè transferri possint, etc. : his autem variis necessitatibus providetur per cambium.

Diximus *Modò serventur debitæ conditiones*, quibus nempe removeantur fraus et deceptio, et quarum præcipua est ut servetur justum pretium. Si adsit pretium legale seu lege taxatum, huic profectò standum est; sin verò, servandum pretium communi consuetudine et judicio peritorum in hac parte determinatum. Uno verbo, cùm hoc cambium ultimatè reducatur ad venditionem, servandæ sunt regulæ assignatæ ubi *de Venditione*.

537. Ex his solvi possunt variæ difficultates quæ circa hanc materiam proponuntur a theologis.

I. *An ille qui artem cambiendi non exercet possit lucrum aliquod percipere ex commutatione pecuniæ pro pecunia ?*

Quamvis non concordent theologi, generatim affirmandum videtur. Etenim privatus quilibet non habet quidem omnes titulos quos habet campsor; sed tamen cùm pecunia in cambio spectetur tanquam merx, ut diximus, nil vetat quin eam vendat pretio currenti, quemadmodum et ipsi mercatores. Et certè si quis pecuniam pretiosiorem deferat ad campsorem recepturus minùs pretiosam, v. g., si deferat aurum recepturus argentum, nemini dubium esse potest quin possit lucrum ab ipso recipere : sic enim

emunt ipsi campsores ut postea cariùs vendant, quemadmodum fieri solet in aliis mercibus. Si tamen per leges officium campsoris esset quibusdam reservatum, tunc peccare posset qui munus campsoris clanculum exerceet, quatenus damnum inferret iis qui privilegium illud datâ pecuniâ obtinuerunt : de quo ubi *de Lege tributorum*.

538. II. *An ille qui cambium exercet cum pecunia aliena possit retinere lucrum ex eo perceptum?* — Agitur de eo qui sic adhibet pecuniam alterius absque illius consensu; v. g., de famulo qui, acceptâ a domino pecuniâ aureâ ad solvendum creditori, vel ad emendum domui necessaria, hanc permutat cum pecunia argentea, pro qua permutatione lucrum accipit, et cum hac ultima pecunia exsequitur mandatum domini. Docent satìs communiter auctores hunc posse lucrum illud sibi retinere, quia est fructus illius industriæ. Sed supponendum nulli damnum inferri. Etenim, 1° si damnum inde patiatur dominus, v. g., quia pecunia quâcum auream famulus permutavit, debuit adhiberi in majori quantitate, detrimentum illud tenetur compensare. 2° Pariter si creditor damnum patiatur, v. g., quia intentio domini erat ut ei traderetur pecunia aurea, quâcum lucrum aliquod consequi posset : tunc famulus tenebitur eum indemnem præstare, habitâ ratione probabilitatis lucri quod fuisset ab eo percipiendum.

ART. 2. *De cambio locali*, seu *per litteras.*

539. I. Duplici præsertim modo fit cambium locale. Si ille qui onus suscipit ut pecunia alio loco solvatur, se obliget directè ad solvendum, dicitur *cambium Personale :* scriptum ordinariè dicitur *Billet à ordre*, seu *à domicile*. Si autem qui onus suscipit cuidam tertio mandet ut solvat loco convento, scriptum illud dicitur *Lettre de change.* Qui scriptum illud exarat, juxta stylum commercii dicitur *le Tireur,* latinè *Trassans :* ille in cujus gratiam exaratur, vocatur *le Preneur;* ille verò cui trassans imponit onus solvendi, dicitur *le Tiré*, *Trassatus;* qui si onus illud susceperit, dicitur *Accepteur, Acceptans.* Cùm verò nimis onerosum foret illi in cujus gratiam litteræ conscriptæ sunt

ut semper teneretur per seipsum solutionem recipere, ipsi relinquitur facultas jus suum alteri transmittendi per cessionem, vel mandatum, quæ ordinariè scribuntur in dorso litterarum, et ideo vocantur *Endossement*, *Indossatio :* ipse cedens aut mandans dicitur *Endosseur*, *Indossator;* recipiens verò, *Endossé*, *Indossatarius*. Qui pecuniam alio loco recipiendam tradit, dicitur *le Donneur de valeur*, *Remittens*. Ille demum qui solutionem exigit, litteras cambiales exhibendo, dicitur *le Porteur*, *Lator*, *Præsentator*, *Exactor*. Pecunia quæ data est a remittente alio loco recipienda, in litteris cambialibus dicitur apud Latinos *Valuta*, gallicè *Valeur :* ea verò quæ penès trassatum est aut esse censetur ut solvat, vocatur *Provision*.

540. Ex his notionibus intelligi potest varias oriri ex contractu cambii obligationes. — 1° *Inter remittentem et trassantem :* prior obligatur ad præstandam valutam; posterior autem obligatur curare ut pecunia conventa, loco et tempore convento, præsentanti solvatur. Hæc est obligatio principalis, quæ præcisè constituit cambium. Hinc quamvis absolutè necessaria non sit ex se prævia acceptatio trassati, ordinariè tamen postulatur, ut mox dicemus, et ex art. 118 Cod. comm. hujus sponsor est trassans : quæ si denegetur, fit protestatio quam vocant *Protêt faute d'acceptation ;* quâ positâ, trassans tenetur vel dare fidejussorem, vel summam refundere cum omnibus expensis sive protestationis, sive recambii de quo infrà. Aliquando tamen in ipsis litteris cambii exprimitur eas non esse acceptationi obnoxias : in eo casu locus non est huic requirendæ. Hinc etiam trassanti onus incumbit monendi trassatum : quod vulgò fit per litteras separatas, quæ dicuntur *Lettre d'avis*. Sed hæc monitio non requiritur nisi ut medium procurandæ acceptationis et solutionis : unde si trassans ita negotia sua cum trassato composuerit ut sinè prævia monitione hic soluturus sit, jam non est necessaria. Hinc in litteris cambii sæpe dicitur *Sans autre avis*, *vel Avec* ou *Sans avis*.

2° *Inter trassantem et trassatum* intercedit species mandati, cùm iste debeat solutionem pro alio præstare : unde cambium acceptare invitus non tenetur, quemadmodum nemo tenetur acceptare mandatum. Sed postquam semel acceptavit, jam obligatum sibi habet mandantem; diverso quidem modo, prout provisionem jam accepit, vel non accepit. Si non acceperit, sed acceptaverit, ut dicunt, *à découvert*, mandantem sponsorem habet pro onere quod suscepit, et pro compensatione damnorum quæ exinde pati potest, juxta art. 1999 et 2000 Cod. civ. Si jam provisionem acceperit, videndum est quænam sit hujus natura. Si consistat in summis quas ipse debet mandanti, quocumque casu pereant jactura recidit in trassatum, quia debitor non liberatur per jacturam suæ fortunæ. Si consistat in rebus ipsi traditis titulo depositi

aut pignoris, standum regulis quæ statuuntur circa depositum. Si sint merces traditæ ad vendendum, vel alia hujusmodi, trassatus non tenebitur nisi de sua culpa aut negligentia; ac proinde quando jactura non erit ei imputanda, jus habebit exigendi novam provisionem, vel post solutionem agendi contra trassantem eodem modo ac si nunquam accepisset provisionem.

3° *Inter latorem litterarum et trassatum.* Generatim potest lator exigere acceptationem; eamque reipsa exigere illius interest: tum ut novam exinde securitatem consequatur habendo trassatum sibi directè obligatum; tum quia, si plura exarata sint litterarum exemplaria, fieri posset ut aliud exemplar ad obtinendam acceptationem exhiberetur, sicque e jure suo excideret. Imò tenetur requirere, quando solutio non est affixa certo diei, sed tali tempori post acceptationem, v. g., *A un mois de vue*, etc. : tunc ex art. 160 Cod. comm. conceditur latori mora alicujus temporis, majoris vel minoris pro distantia locorum et difficultate itinerum : sed eo tempore elapso, jam amittit recursum suum contra trassantem, si iste, ut dicitur, *a fait provision*. Trassatus autem non tenetur quidem acceptare, ex dictis : tenetur tamen intra 24 horas a momento quo præsentatæ sunt litteræ declarare an acceptet, necne; alioquin tenebitur compensare damna quæ ex ejus mora passus fuerit præsentator; art. 125. Acceptatio, si detur, dari debet scripto; ordinarie exprimitur hoc verbo, *Accepté*, quod tamen suppleri potest per verba æquivalentia : requiritur subscriptio acceptantis; item indicatio epochæ (*la date*), si litteræ sint *à un ou plusieurs jours ou mois de vue*; si desit indicatio, litteræ solvendæ erunt advemente termino ibi expresso, numerando a die quo conscriptæ sunt; art. 122. Fieri non potest modo conditionato, sed restringi potest ad partem summæ in litteris expressæ. Acceptatio semel data constituit acceptantem debitorem directum latoris litterarum; art. 121 : unde trassans et qui post eum tenentur remaneut tantummodo sponsores solutionis; art. 118. Hinc efformatur inter acceptantem et latorem contractus unilateralis, quo prior ita adstringitur ut jam non possit retractare, etiamsi trassans non det ei provisionem, vel jam in decoctionis statu versaretur, ipso inscio, tempore acceptationis; art. 121 : sibi imputare debet quòd imprudenter egerit. Si autem provisionem acceperit, lator in eam acquirit jus speciale quod quidam vocant *Droit d'affectation spéciale*, vi cujus, in casu decoctionis, anteponetur creditoribus trassantis, quia hæc provisio est quasi pignus obligationis litterarum cambii. Tandem adveniente termino quo facienda est solutio, lator litterarum debet eam exigere ipso die assignato; art. 161 Cod comm. Dies ille determinatur juxta principia quæ statuuntur art. 129 et seq. Si denegetur solutio, tunc die sequenti recurrere debet ad protestationem quæ dicitur *Protêt faute de paiement;* art. 162. Hujus forma seu modus indicatur art. 273 et seq.: per nullum alium actum suppleri potest, ex art. 175, nisi in casu litterarum deperditarum, de quo art. 150 et seq. Hâc protestatione peractâ, potest lator agere vel individuè contra trassantem et singulos indossatores, vel collectivè contra eos omnes; art. 164 : sed debet

agere intra tempus lege determinatum ; alioquin recursum amittit, *il est en déchéance;* art. 168, 117, 170, 171. Præter hunc recursum, ipsi tribuitur facultas obtinendi cum licentia judicis occupationem bonorum mobilium trassantis, acceptantium, et indossatorum, ad servanda sua jura ; art. 172.

4° *Inter remittentem et indossatarium* diversa potest esse obligatio, pro diversa indossationis natura. Hæc enim duplex distinguitur : regularis, et irregularis. Indossatio *regularis* ea est quâ fit plena transmissio litterarum cambii, assecuratâ solutione, elapso termino. Talis transmissio est verum cambium : attamen cùm non sit nisi operatio accessoria, non exigitur ut fiat de loco ad locum. Ex art. 137 Cod. commercii : « L'endossement est daté. — Il exprime la valeur fournie. — Il énonce » le nom de celui à l'ordre de qui il est passé. » Hinc ad transmittendam proprietatem litterarum cambii non sufficit mera subscriptio. Attamen cùm non intersit quâ manu exaratæ sint enuntiationes præscriptæ, sæpe negotiatio litterarum cambii fit, ut dicitur, *en blanc ;* unde quasi frustranea efficitur earum necessitas. Quidquid sit, per hanc regularem indossationem indossatarius acquirit omnia jura quæ indossanti competebant sive erga debitorem principalem, sive erga alios sponsores ; unde et ipse ad alios transferre potest. Indossatio *irregularis* dicitur quando deest aliqua e formis modò indicatis, ex art. 138 : « Si » l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article précé» dent, il n'opère pas le transport ; il n'est qu'une procuration. » Talis indossatarius jus habet postulandi solutionem, elapso termino, et per solutionem ipsi factam liberatur debitor ; sed si hic debitor haberet aliquam exceptionem opponendam indossanti, vel si iste revocasset mandatum aut alio modo obstaret solutioni, indossatarius nullam actionem haberet. Igitur si factæ sint una aut plures indossationes, indossatarius succedit in locum campsarii (*du preneur*), et indossans respectu ejus repræsentat trassantem ; idem est ac si indossatarius pecuniam cambio daret indossanti, et ab eo litteras cambiales acciperet. Unde indossatarius et indossantem et trassantem sibi obligatum habet ; et si hoc sæpius fiat, indossatarius ultimus omnes indossantes obligatos habet.

Igitur, ut observat D. Pardessus, cambium est quasi compositio plurium contractuum ; habet nihilominus naturam suam specialem, nec confundi debet cum cæteris contractibus, etiam cum iis ex quibus efformatur ; sed potiùs ex illa compositione exsurgit contractus specialis, qui regitur principiis sibi propriis.

541. II. Duplex distingui debet cambium : solemne, et non solemne. *Solemne* illud est quod initur per litteras cambii cum omnibus formis legalibus exaratas. Hæ formæ sic determinantur art. 110 Cod. commercii : « La lettre de » change est tirée d'un lieu sur un autre. — Elle est datée. » — Elle énonce la somme à payer, — le nom de celui » qui doit payer, — l'époque et le lieu où le paiement » doit s'effectuer ; — la valeur fournie en espèces, en

» marchandises, en compte ou de toute autre manière.
» — Elle est à l'ordre d'un tiers ou du tireur lui-même. »
Attamen statuitur, art. 113, 114, litteras cambii subscriptas a mulieribus commercium non exercentibus valere tantùm ut meras promissiones, seu obligationes civiles; subscriptas verò a minoribus non exercentibus commercium irritas esse erga ipsos, salvis juribus respectivis partium, juxta art. 1312 Cod. civilis. Cambium *non solemne* illud est in quo decst vel una ex assignatis conditionibus. Scilicet ex art. 112 Cod. comm., pro simplicibus promissis habentur litteræ cambii in quibus adest suppositio sive nominis, sive qualitatis, sive domicilii, sive locorum ubi exarantur vel ubi solvendæ sunt. Si verò omittatur quædam ex formis præscriptis, et tamen non desint ea quæ sunt essentialia ad contractum qualemcumque, valebit actus in sua specie, sed non applicabuntur ea quæ lex statuit de cambio. Hujusmodi litteræ imperfectæ vulgò dicuntur *Mandat*. Sunt capaces *indossationis*, quia hæc transmissionis via non est propria solis cambii litteris. Illæ duæ cambii species in hoc speciatim differunt quòd cambium solemne sit semper actus commercii, excepto casu ubi initur a muliere vel minori; cambium verò non solemne non sit per se actus commercialis, sed tantùm quando initum exprimitur pro negotio commerciali, vel quando initur inter commercium exercentes. Porrò haud modicum existit discrimen inter cambium commerciale, et non commerciale. 1° Generatim loquendo in actibus commercialibus majori periculo exponitur ille qui accuratè non sequitur ea quæ leges ad consulendum juribus eorum ad quos interest præscribunt; etenim ob securitatem commercii simul ac celeritatem faciliùs coram lege e jure suo excidit ille qui ea negligit quæ peragere debebat. Non ideo quidem semper perimitur in conscientia jus illius, nec tollitur obligatio naturalis et conscientiæ ex parte illorum qui erga ipsum obligati fuerunt: attamen fieri potest ut, si quidam ex illis fiant obligationi implendæ impares, creditor qui sibi imputare debet quòd contra eos tempore aut modo opportuno non egerit

recursum suum contra alios amittat. Porrò vix ullus est actus commercii in quo hæc faciliùs evenire possint quàm in litteris cambialibus. 2° In materia commercii sæpius et faciliùs locus est apprehensioni corporis (*à la contrainte par corps*), ut postea dicemus, ubi *de Accessoriis Contractuum* (cap. XIV). Plurimi igitur interest in casibus particularibus distinguere quale præcisè cambium exerceatur, an solemne, an non solemne.

542. III. Sed quodcumque sit, difficultates quæ oriri possunt pro foro conscientiæ respiciunt præsertim *pretium* quod pro cambio solvitur. Pretium illud fundatur quidem primùm in officio campsoris, qui multas expensas perferendas habet, ut diximus loquendo de cambio manuali: sed insuper desumitur ex pluribus circumstantiis mutabilibus, v. g. ex abundantia pecuniæ in aliquam urbem mittendæ aut exinde retrahendæ, ex facilitate commercii cum tali aut tali urbe, ex periculis, etc.; et quando agitur de cambio inter urbes diversorum regnorum, ex diversitate monetarum, et valore earum intrinseco, etc. Hinc oritur quod gallicè dicitur *Prix du change*, vel simpliciter *Change :* et cùm naturaliter idem aut ferè idem sit in variis conventionibus quæ ineuntur eodem tempore et inter easdem urbes, inde efformatur quod vocant *Cours du Change*. Dicitur pretium illud *au Pair*, quando pro summa recipienda in uno loco par summa solvitur in altero : dicitur cambium esse *pro tali urbe*, quando pro summa in ea urbe recipienda major summa in alia persolvenda est; *contra talem urbem*, quando minor. Eodem ferè sensu, aliquando dicitur, *Le papier gagne sur l'argent;* aliquando, *L'argent gagne sur le papier*.

IV. His omnibus præmissis, pro certo tenent theologi, *licitum esse cambium locale, modò debitæ serventur conditiones*. — *Prob*. 1°. *Ex auctoritate*. S. PIUS V, Const. *In eam*, an. 1571, ait *Legitimum cambiorum usum, quem necessitas publicaque utilitas induxit*, *sæpenumero ob illiciti quæstûs cupiditatem depravari :* supponit ergo cambium esse in se licitum, et nonnisi per cupiditatem seu abusum depravari. Aliunde ubique exercetur videnti-

bus nec reclamantibus Ecclesiæ pastoribus. Demum ab omnibus theologis admittitur assertio sic generatim posita. 2° *Ex ratione*. Ex notionibus allatis intelligitur in cambio fieri virtualiter translationem pecuniæ ex uno loco ad alterum, et quidem cum assecuratione. Porrò illud est pretio æstimabile. Si enim realis translatio fieret campsoris impensis et periculo, certè non id gratis præstare teneretur. Quòd autem has impensas et periculum vitet, id ex una parte ejus industriæ tribuendum est, ex altera verò non fit sinè aliis expensis et periculis : tenetur enim in variis locis habere correspondentes pecuniis instructos, et ipse paratas etiam habere pecunias, plures conducere ministros, scripturas conficere, etc.; quæ omnia non solùm ipsius curas et labores postulant, sed etiam non sinè diversis expensis et periculis obtinentur. Igitur pretium quod in cambio percipitur nec usurarium, nec injustum dici potest, cùm vi tituli omnino justi percipiatur.

543. Hinc 1° valet decisio quamvis de facto in casu peculiari utilius sit campsori pecuniam hic recipere, quia alioquin debuisset eam huc transferendam curare. Ita satis communiter theologi, quia id est per accidens et bonæ ejus fortunæ tribuendum. Nec ideo tollitur fundamentum lucri mox expositum.

Hinc 2° licitum esse potest lucrum, non solùm ex parte trassantis, sed etiam ex parte remittentis, seu accipientis litteras. Id quidam negant. Sed alii dicunt sinè distinctione standum esse æstimationi communi. Et revera cùm remittens ipse quoque virtualiter transferat seu reducat pecuniam quam hic et nunc tradit, si pecunia minùs abundet in isto loco, sicque, ut suprà dicebamus, *le papier gagne sur l'argent*, nulla est ratio cur lucrum illud non possit percipere.

Hinc 3° potest lucrum percipi etiam ab eo qui munus publicum campsoris non exercet. Id negant Billuart, Habert, D. Bouvier, quia cùm tantum recipiat quantum dedit, et aliunde nullum laborem, nullas expensas sustineat, sed potiùs utilitatem inde obtineat, nullus est

titulus vi cujus lucrum percipiat. Verùm hic applicari possunt quæ diximus *de Cambio manuali* (n° 537). Ille privatus reipsa præstat aliquid pretio æstimabile, quod ex se expensas requirit : si ipse eas vitet, est per accidens, nec ideo minuitur pretium, ut jam dictum est. Aliunde nullâ lege prohibetur privatis tale cambium, saltem si aliquando tantùm et datâ occasione exerceatur. Ita MOLINA, DE LUGO, *Collat. Ambianens.*, qui tamen ait minus lucrum tunc exigi debere; additque hanc esse praxim proborum mercatorum, imò plures magis generosè se gerere, et nullum lucrum percipere : et ita satis communiter observatum videmus, præsertim apud eos qui commercium non exercent.

Hinc 4° si nimium lucrum percipiatur, erit injustum, sed non præcisè usurarium : hic enim non instituitur mutuum, quod solum est sedes usuræ. Undè concludi potest cum TROPLONG, lucrum illud non attingi per taxationem auctarii quod ex mutuo coram lege percipi potest.

544. Dixi *Modò debitæ serventur conditiones.* — Iª est *bona fides*, seu ut removeatur fraus et simulatio. Si enim sub specie cambii occultetur alius contractus qui sit in se usurarius vel injustus, satis patet non posse excusari ex rationibus allatis, quæ soli cambio reali applicantur. Hinc essentiale est cambio, ex art. 110 Cod. comm., ut fiat de loco ad locum; alioquin, ait D. PARDESSUS, non existerent elementa quibus constituitur. Hinc non excusatur cambium quod vocant *siccum* aut *fictum*, in quo nempe fingitur pecunia solvenda in alio loco, dum solvenda est in eodem in quo est tradita, etc. Sub specie cambii tunc vera latet usura, inquit BENEDICTUS XIV.

IIª *Conditio* est ut servetur *justum pretium*. Pretium illud, ut intelligitur ex dictis, pendet a tot circumstantiis ut modo certo et constanti non possit determinari. Standum est ergo consuetudini, seu æstimationi communi.

Sed quæritur an aliqua mutatio induci possit aut debeat ob dilationem solutionis? — Duplex fingi potest hypothesis.

1° Si ille qui accipit litteras cambii statim aut ferè sta-

tim solvendas (requiritur enim tempus quo mittantur in locum ubi solutio facienda est), non statim tradat pecuniam campsori, sed tantùm promittat post aliquod tempus tradendam, cum cambio conjungitur quoddam mutuum implicitum; unde applicanda sunt principia generalia.

2° Aliquando campsori conceditur terminus ad pecuniæ solutionem; id est, campsor statim recipit pecuniam, et dat litteras nonnisi post certum quoddam tempus solvendas : ideoque nullum exigit cambii pretium. Quæstio est an adsit ibi usura, non quidem ex parte campsoris qui nihil percipit, sed ex parte campsarii? — Non pauci judicant esse reipsa usuram, seu lucrum perceptum vi mutui. Nam constat salarium seu pretium aliquod deberi campsori pro cambio : in præsenti autem casu campsarius ab illo salario eximitur. Porrò cur ita eximitur? Ratione solius dilationis, quæ, juxta S. THOMAM, nihil aliud est quàm mutuum implicitum : campsor non intendit illi favere, nec donum concedere; sed cùm sibi per aliquod tempus relinquatur pecunia seu quasi mutuo detur, intendit aliquid pro tali mutuo solvere, quod præstat renuntiando salario seu pretio ordinario cambii. Ergo campsarius seu remittens lucrum verè percipit ratione mutui. Ita MOLINA, HAUNOLDUS, *Collat. Andegavens*, et alii. Et rem ita se habere adeò verum est, ut si campsori non concederetur dilatio, salarium exigeret. Attamen hanc praxim videmus passim receptam etiam apud viros valde timoratos. An adsit quædam ratio quæ hanc excuset, viderint sapientiores : nullam invenire aut excogitare potuimus, et ibi nil aliud videmus quàm lucrum perceptum ex mutuo implicito : et quidem perceptum ab eo qui salarium seu cambii pretium deberet persolvere, scilicet aliquando ab eo qui pecuniam mittit, aliquando ab eo qui recipit, prout sumptus translationis ad unum vel ad alterum spectant; unde si facienda sit restitutio, ab isto facienda erit. Unus tantùm casus occurrit in quo potest nihil usurarium adesse; si nempe ille qui tradit litteras nolit pretium cambii exigere, prout supponi potest in iis qui non sunt ex officio campsores, et non postulet dilationem seu terminum nisi ad præmonendum

correspondentem seu trassatum, ut possit absque damno aut incommodo pecuniam habere paratam ad satisfaciendum his litteris quando ipsi præsentabuntur.

545. V. Superest ut quædam dicamus *de recambio*, gallicè *rechange*. Si elapso litterarum cambii termino solutio non obtineatur, intelligitur ex dictis latori deberi indemnitatem a trassante, et etiam a variis indossatoribus. Porrò iodemnis erit lator si ipsi suppetat medium statim obtinendi tum summam quam ex litteris percipere debebat, tum impensas quas perferendas habuit, tum compensationem damnorum. Illud autem medium occurrit in novis litteris cambii quas exarat priorum litterarum lator a debitore suo solvendas, id est, a trassante suo, vel ab uno ex indossatoribus. Istæ novæ litteræ vocantur *Retraite*, et contractus quo obtinentur, vel pretium quod pro iis solvitur, vocatur *Recombium;* art. 177-179. Eas præcedere debet priorum litterarum protestatio : iisque adjungi computatio quam vocant *Compte de retour;* art. 180. Ea computatio includit summam principalem litterarum de quibus facta est protestatio, impensas sive protestationis, sive alio titulo debitas, v. g., *commission de banque, courtage, timbre et port de lettres*, et tandem pretium novi istius cambii ; et hæc quidem testimoniis lege determinatis corroborata (*d'un agent de change ou de deux commerçants*) ; art. 181, 186.

Ex ista notione intelligitur nihil ibi occurrere unde recambium minùs licitum dicatur quàm cambium. Quædam observare sufficiat.

1° Summa principalis ea præcisè non est quæ data fuit ad obtinendas litteras cambii, sed ea quæ in iis litteris exprimitur : hæc sola promissa fuit. — 2° Pretium recambii determinatur erga trassantem, « par le cours du change du lieu où la lettre de change était payable » sur le lieu d'où elle a été tirée ; » erga indossatores, « par le cours du » change du lieu où la lettre de change a été remise ou négociée par » eux, sur le lieu où le remboursement s'effectue ; » art. 179. — 3° Post peractam protestationem, potest quilibet tertius solvere, ut aiunt, *par intervention*, pro trassante vel pro quodam ex indossatoribus; art. 158 : tunc subrogatur juribus latoris, et subjicitur iisdem obligationibus quoad formas servandas ; art. 159. — 4° Si lator litterarum vel interveniens habeant medium summam litteris expressam obtinendi sine damno et impensis, v. g., quia lator potest obtinere statim solutionem ab uno ex indossatoribus, vel quia ipse interveniens provisionem habet a trassante vel ab indossatore pro quo intervenit, dubium videri potest an possint recurrere ad recambium cum impensis quas inducit. Coram lege id impunè poterunt. Sed nonne exigit saltem æquitas ut abstineant ab actu sibi non necessario et trassanti noxio ? Saltem dicendum eos non posse varias impensas mox enumeratas exigere, nisi ipsi eas reipsa pertulerint, cùm non nisi titulo indemnitatis iis tribuantur.

Art. 3. *De cambio temporaneo*, seu *ad terminum*.

546. Cambium temporaneum illud est quo datur pecunia reddenda

post certum aliquod tempus in eodem vel in diverso loco, cum auctario eo majori aut minori quo pecunia interim, ut aiunt, pluris vel minoris valuit; et si non reddatur summa definito tempore, innovatur obligatio ad alium terminum, cum auctario proportionalo, non tantum summæ principali, sed priori auctario si non fuerit solutum.

Ex dictis satis apertum est deficere rationem cambii quando pecunia reddenda est in eodem loco, sed tunc esse merum mutuum, nec proinde sufficere dilationem solutionis ut possit exigi auctarium, ut intelligetur ex dicendis ubi *de Usura*. Attamen eâ de re non omnes theologi consentiunt, quando agitur de quibusdam peculiaribus cambii speciebus quarum mentio apud ipsos occurrit. Tres sunt præcipuæ, nempe cambium Lugdunense, Francofordiense, et Bisuntinum seu Placentinum. Haud necessarium putamus in his exponendis et discutiendis immorari. Non enim videmus hodie mentionem de his fieri : quando contrahentes intendunt mutuum cum lucro, illud directè instituunt, utpote lege civili permissum, prout jam observavimus.

CAPUT XIII.

DE USURA.

547. Cùm ageremus *de Mutuo* (nº 522), vidimus illud esse ex natura sua gratuitum, id est, seclusâ speciali conventione mutuatarium non teneri ad reddendum nisi quod a mutuante accepit, et mutuantem non posse exigere auctarium, seu aliquid ultra sortem, ut aiunt. Sed quæstio est, quam huc expendendam remisimus, utrùm inire liceat conventionem de auctario percipiendo : seu utrùm distingui possit et debeat quasi duplex mutuum, alterum simplex et gratuitum, alterum cum auctario, quod gallicè dicimus *Prêt à intérêt*, sive dein agnoscatur istud remanere semper verum mutuum, sive dicatur transire in contractum alterius speciei, sicut commodatum quando desinit esse gratuitum transit in locationem, ut diximus (nis 430, 512); an verò hujusmodi auctarium reprobari debeat tanquam prohibitum sub nomine *usuræ?*

Vix ulla est in tota theologia morali quæstio quæ tot et tam gravibus discussionibus locum dederit. Harum seriem exponit Benedictus XIV, *de Synod. diœces.*, l. x, c. iv, nº 2 et seq., cujus verba referre opportunum ducimus. — II. « Omne lucrum ex mutuo, præ» cisè ratione mutui, ut loquuntur theologi, hoc est, lucri cessantis, » damni emergentis, aliove extrinseco titulo remoto, usurarium, at» que omni jure, naturali scilicet, divino et ecclesiastico, illicitum esse,

» perpetua fuit et est catholicæ Ecclesiæ doctrina, omnium concilio-» rum, Patrum, et theologorum unanimi consensu firmata. Huic con-» tradixere Græci schismatici, qui, teste Guidone Carmelitâ, in *Cata-» logo hæreticorum*, quodrumque lucrum ex mutuo permittunt. Græcis » ex parte consensit Calvinus, qui ad cap. x Ezechielis, licere do-» cuit aliquod moderatum lucrum, non quidem a paupere, sed à » divite, præcisè ratione mutui exigere. Errorem a Calvino obiter in-» sinuatum, ex professo propugnavit Carolus Molinæus in suo *Tract. de » Usuris*, ubi, nº 10, audacter affirmat, usuram non esse prohibitam, » *nisi in quantum est contra charitatem*. Distinguit deinde, nº 85, tres » hominum gradus. Primus complectitur pauperes emendicatâ stipe » viventes, quibus, non mutuo, sed eleemosynâ succurrendum ait : » alter, indigentes qui pro tempore indigent, quamvis pares sint » mutuo postea restituendo ; atque his quoque mutuum gratuitò dan-» dum asserit : tertius gradus complectitur divites et mercatores, » qui nihil indigent, sed rem suam negotiatione amplificare stu-» dent ; et ab his usuram moderatam, ratione mutui, justè ac sanctè » exigi posse tradit Molinæus. Eamdem pravam opinionem amplexa-» tus, aliâ ratione defendit Claudius Salmasius in duplici tractatu, » altero inscripto *de Usuris*, altero *de Trapezitico fœnore*, qui-» bus in locis usuram, nisi charitatem lædat, ab omni culpa absol-» vit, eo quòd sit *merces locatæ pecuniæ*. Verùm quanquam plurimi » heterodoxi, Calvini, Molinæi, et Salmasii systemati stabiliendo alla-» boraverint, inter quos Petrus Heinigius, *lib.* 2, *quæst.* 1, Gerardus » Noodt, *de Fœnore et Usuris*, lib. 1, Gronovius et Barbeyrac, in » *Notis ad Hugonem Grotium*, lib. 2, cap. 12, Boehmerus, *Jur. Eccles. » Protest.*, tom. 5, lib. 5, tit. 19, rationem tamen quâ eam Salmasius » tutatus est ferè omnes refellerunt, rectè arbitrantes mutuatæ pecu-» niæ dominium transferri in mutuatarium, ac propterea non posse » mutuum locationi ullo pacto comparari, sicut testatur Gotfridus Mas-» covius in *Notis ad Puffendorf*, lib. 5, c. 7, § 5. »

« III. Impiæ Calvini et Molinæi opinioni non veriti sunt subscri-» bere pauci quidam doctores catholici. Distinguunt et isti duplex ge-» nus mutui : unum, quo pecunia aliave res datur ad consumptionem, » quod plerumque fit cum indigentibus, pecuniam mutuam accipienti-» bus ut se suamque familiam sustentent, debita solvant, filiam nuptui » tradant, etc. Alterum quo datur ad negotiationem, ut cum mercato-» ribus fieri solet, qui acceptam mutuo pecuniam negotiatione augent, » ingensque ex ea lucrum reportant. In primo casu, usuram esse faten-» tur quidquid exigitur ultra sortem ; at a fœnoris labe excusant lu-» crum quod in secundo casu ex mutuo percipitur, dummodo sit mo-» deratum modumque servet a patriæ legibus definitum.

» IV. Novam hanc distinctionem ab hæreticis primùm excogitatam, » præverterant Ecclesiæ Patres, qui uno ore absolutè atque indefinitè » fœneratitium pronuntiaverant quidquid ex mutuo ultra sortem exigi-» tur..... Patribus adhæsère veteres Theologi, qui, duce divo Thoma, » 2. 2, *quæst.* 78, *art.* 2, adeò districtè omne lucrum ex mutuo, jure » naturali et divino vetitum asseruère, ut ne munus quidem *ab obse-*

» *quio aut à lingua*, quod certè quid minimum est, nullique onero-
» sum, solius mutui causâ, exigi posse, docuerint.

V. » Neque verò Calvini et Molinæi asseclis suffragantur aut loca » sacræ Scripturæ specialim prohibentia ne pauperes usuris opprimantur, uti *Exod.* xxii, 25, et *Lev.* xxv, 35, aut sententiæ Patrum usuras duntaxat redarguentium immoderatas, aut canones conciliorum, » putà 36 ex apostolicis, 17 Nicænus, et 12 concilii Arelatensis primi, solos Clericos fœneratores severis pœnis subjicientes..... »

IX. « Jure itaque ac meritò auctores permittentes moderatum lu» crum ex mutuo a divite et negotiatore exigere, veluti adversantes » communi et perpetuæ catholicæ Ecclesiæ doctrinæ, inclamaruut et » validissimis argumentis confutarunt Navarrus, *Comm. de Usuris*, » n° 8 et seq.; Gibalinus et Leotardus, in suo quilibet *de Usuris* trac» tatu; card. de Lugo, *de Just. et Jure*, t. 2, disp. 25; Jacobus » Gaitte, egregio opere cui titulus, *Tractatus de Usura et Fœnore*, quod » concionavit adversùs Molinæum, Salmasium, auctoremque libelli » Gallici, *Traité de la Pratique des Billets*; Sainte-Beuve, in *Resolu» tionibus Casuum conscientiæ*, edit. in-4°, tom. 2, cas. 121; Aloy» sius Bulteau, in *Apologia pro Lactantio in materia usurarum*, edita » Parisiis an. 1677; Pouget in suis *Institutionibus catholicis*, edit. » in-fol., t. 1, p. 751 et seq.; Natalis Alexander, *Theol. dogmat. et » moral.*, t. 2, l. 3, c. 7; Genet, *Theolog. moral.*, t. 1, tr. 4, *de » Mutuo et Usura*, quæst. 6 et seq.; Poutas, in *Diction. Casuum con» scientiæ*, t. 3, v° *Usure;* continuator Prælectionum theologicarum » Honorati Tournely, Tract. *de Contractibus*, aliique plurimi. »

X. «Verùm quoniam tot Doctorum auctoritate et argumentis minimè » perterriti, prædictam exoticam opinionem nonnulli iterum refri» care non dubitârunt, propterea Nos ad Petri cathedram evecti, ne » catholicæ doctrinæ puritas, cujus depositum nobis est a Christo con» creditum, hâc erroris labe fœdaretur, datis ad Italiæ Episcopos En» cyclicis litteris sub die primâ novembris 1745, hæc inter cætera de» claravimus.... (Litteras ipsas mox subjiciemus). Alia prætereà edixi» mus, atque in contractibus servanda commendavimus, quæ in Epi» scopales Synodos inseri poterunt, ne usuræ maculâ inficiantur, » sicuti videre est in præfatis nostris litteris quæ sunt *in ordine* 143, » *Bullarii nostri t.* 1, quasque nuperrimè theologico commentario il» lustravit Daniel Concina, ordinis Prædicatorum Theologus.

XI. » Quamobrem, si jampridem aliquot Episcopi, inter quos Car» dinalis Le Camus, episcopus Gratianopolitanus, card. de Bissy, tunc » episcopus Tullensis, Jac. Ben. Bossuet, episcopus Meldensis, et » Bragadinus, episcopus Veronensis, in suis Edictis et pastoralibus » Instructionibus præfatam proscripserant erroneam opinionem, utpote » quam noverant jam a conciliis, summorumque Pontificum constitu» tionibus prædamnatam, multò magis integrum nunc erit episcopis » illam, postquam iterum nominatim et expressè est ab Apostolica Sede » reprobata, novis, si opus fuerit, constitutionibus e sua diœcesi extur» bare, eamque temerè disseminantes, aut usu ipso approbantes, severis » pœnis coercere. »

Hactenus Benedictus XIV in suo opere *de Synodo diœcesana*, quod in lucem emisit triennio post datam Encyclicam, scilicet an. 1748, et iterum an. 1755 cum nova librorum et capitum divisione multisque additionibus, sed sinè ulla mutatione quoad præsentem materiam.

Ipsæ autem litteræ Encyclicæ, quas præ oculis habere expedit, sunt tenoris sequentis. — *SS. DD. NN. Benedicti PP. XIV, litteræ Encyclicæ*, DE USURIS, ALIISQUE INJUSTIS QUÆSTIBUS; *Patriarchis, archiepiscopis, episcopis et ordinariis Italiæ*. (1 nov. 1745.)

« Vix pervenit ad aures nostras, ob novam controversiam (nempe, an quidam contractus validus judicari debeat), nonnullas per Italiam disseminari sententias, quæ sanæ doctrinæ haud consentaneæ viderentur; cùm statim nostri apostolici muneris partem esse duximus, opportunum afferre remedium, ne malum ejusmodi, temporis diuturnitate ac silentio, vires magìs acquireret; aditumque ipsi intercludere, ne latiùs serperet, èt incolumes adhuc Italiæ civitates labefactaret.

§ 1. Quapropter eam rationem consiliumque suscepimus, quo Sedes Apostolica semper uti consuevit. Quippe rem totam explicavimus nonnullis ex venerabilibus fratribus nostris, S. R. E. cardinalibus, qui sacræ theologiæ scientiâ et canonicæ disciplinæ studio ac peritiâ plurimùm commendantur; accivimus etiam plures regulares in utraque facultate præstantes, quorum aliquos ex monachis, alios ex ordine Mendicantium, alios demum ex clericis regularibus selegimus : præsulem quoque juris utriusque laureâ præditum et in foro diu versatum adhibuimus. Diem quartam indiximus julii, quæ nuper præteriit, ut coram Nobis illi omnes convenirent, quibus naturam totius negotii declaravimus; quod illis antea cognitum perspectumque deprehendimus.

§ 2. Post hæc præcepimus, ut omni partium studio omnique cupiditate soluti, rem totam accuratè perpenderent, suasque opiniones scripto exararent; non tamen expetivimus ab ipsis, ut judicium ferrent de contractu qui controversiæ causam initio præbuerat, cùm plura documenta non suppeterent quæ necessariò ad id requirebantur; sed ut certam de usuris doctrinam constituerent, cui non mediocre detrimentum inferre videbantur ea quæ nuper in vulgus spargi cœperunt. Jussa fecerunt universi; nam suas sententias palam declarârunt in duabus congregationibus, quarum prima coram Nobis habita est die 18 julii, altera verò die 1 augusti, qui menses nuper elapsi sunt; ac demum easdem sententias Congregationis secretario scriptas tradiderunt.

§ 3. Porrò hæc unanimi consensu probaverunt : — I. Peccati genus illud quod usura vocatur, quodque in contractu mutui propriam sedem et locum habet, in eo est repositum, quòd quis ex ipsomet mutuo, quod suapte naturâ tantumdem dumtaxat reddi postulat, quantum receptum est, plus sibi reddi velit, quàm receptum est : ideoque ultra sortem, lucrum aliquod, ipsius ratione mutui, sibi deberi contendat. Omne propterea hujusmodi lucrum quod sortem superet, illicitum et usurarium est. — II. Neque verò, ad istam labem purgandam, ullum arcessiri subsidium poterit, vel ex eo quòd id lucrum non excedens et nimium, sed moderatum, non magnum, sed exiguum sit; vel ex eo quòd

is a quo id lucrum, solius causâ mutui, deposcitur, non pauper, sed dives existat; nec datam sibi mutuo summam relicturus sit otiosam, sed ad fortunas suas amplificandas, vel novis coemendis prædiis, vel quæstuosis agitandis negotiis, utilissimè sit impensurus. Contra mutui siquidem legem, quæ necessariò in dati atque redditi æqualitate versatur, agere ille convincitur quisquis, eâdem æqualitate semel positâ, plus aliquid a quolibet, vi mutui ipsius, cui per æquale jam satis est factum, exigere adhuc non veretur: proindeque, si acceperit, restituendo erit obnoxius ex ejus obligatione justitiæ quam *commutativam* appellant, et cujus est in humanis contractibus æqualitatem cujusque propriam et sanctè servare, et non servatam exactè reparare. — III. Per hæc autem nequaquam negatur, posse quandoque unà cum mutui contractu, quosdam alios, ut aiunt, titulos, eosdemque ipsimet universim naturæ mutui minimè innatos et intrinsecos, forte concurrere, ex quibus justa omnino legitimaque causa consurgat, quiddam amplius supra sortem ex mutuo debitam ritè exigendi. Neque item negatur posse multoties pecuniam ab unoquoque suam, per alios diversæ prorsus naturæ a mutui natura contractus, rectè collocari et impendi, sive ad proventus sibi annuos conquirendos, sive etiam ad licitam mercaturam et negotiationem exercendam honestaque indidem lucra percipienda. — IV. Quemadmodum verò in tot ejusmodi diversis contractuum generibus, si sua cujusque non servatur æqualitas, quidquid plus justo recipitur, si minùs ad usuram (eo quòd omne mutuum tam apertum quàm palliatum absit), at certe ad aliam veram injustitiam restituendi onus pariter afferentem, spectare compertum est; ita si ritè omnia peragantur et ad justitiæ libram exigantur, dubitandum non est quin multiplex in iisdem contractibus licitus modus et ratio suppetat, humana commercia et fructuosam ipsam negotiationem, ad publicum commodum, conservandi ac frequentandi. Absit enim a Christianorum animis, ut per usuras, aut similes alienas injurias florere posse lucrosa commercia existiment; cùm contra ex ipso oraculo divino discamus, quòd *Justitia elevat gentem, miseros autem facit populos peccatum* (Prov. XIV, 34). — V. Sed illud diligenter animadvertendum est, falsò sibi quemquam, et non nisi temere persuasurum, reperiri semper ac præstò ubique esse, vel unà cum mutuo titulos alios legitimos, vel, secluso etiam mutuo, contractus alios justos, quorum vel titulorum vel contractuum præsidio, quotiescumque pecunia, frumentum, aliudve id generis, alteri cuicumque creditur, toties semper liceat auctarium moderatum, ultra sortem integram salvamque recipere. Ita si quis senserit, non modò divinis documentis et Catholicæ Ecclesiæ de usura judicio, sed ipsi etiam humano communi sensui ac naturali rationi procul dubio adversabitur. Neminem enim id saltem latere potest, quòd multis in casibus tenetur homo simplici ac nudo mutuo alteri succurrere, ipso præsertim Christo Domino edocente: *Volenti mutuari a te ne avertaris* (Matth., v, 42): et quòd similiter multis in circumstantiis, præter unum mutuum, alteri nulli vero justoque contractui locus esse possit. Quisquis igitur suæ conscientiæ consultum velit, inquirat priùs diligenter oportet, verène

cum mutuo justus alius titulus, verène justus alter a mutuo contractus occurrat, quorum beneficio, quod quærit lucrum omnis labis expers et immune reddatur.

§ 4. His verbis complectuntur et explicant sententias suas cardinales, ac theologi, et viri canonum peritissimi, quorum consilium in hoc gravissimo negotio postulavimus; Nos quoque privatum studium nostrum conferre in eamdem causam non prætermisimus, antequam congregationes haberentur, et quo tempore habebantur, et ipsis etiam peractis : nam præstantium virorum suffragia quæ modò commemoravimus, diligentissimè percurrimus. Cùm hæc ita sint, adprobamus et confirmamus quæcumque in sententiis superiùs expositis continentur : cùm scriptores planè omnes, theologiæ et canonum professores, plura sacrarum litterarum testimonia, Pontificum decessorum nostrorum decreta, Conciliorum et Patrum auctoritas, ad easdem sententias comprobandas penè conspirare videantur. Insuper apertissimè cognovimus auctores quibus contrariæ sententiæ referri debent, et eos pariter qui illas fovent ac tuentur, aut illis ansam, seu occasionem præbere videntur; neque ignoramus quantâ sapientiâ et gravitate defensionem veritatis susceperint theologi finitimi illis regionibus ubi controversiæ ejusmodi principium habuerunt.

§ 5. Quare has Litteras Encyclicas dedimus universis Italiæ archiepiscopis, episcopis et ordinariis, ut hæc tibi, Venerabilis Frater, et cæteris omnibus innotescerent; et quoties synodos celebrare, ad populum verba facere, eumque sacris doctrinis instruere contigerit, nihil omnino alienum proferatur ab iis sententiis quas superiùs recensuimus. Admonemus etiam vehementer, omnem sollicitudinem impendere, ne quis in vestris diœcesibus audeat litteris aut sermonibus contrarium docere; si quis autem parere detrectaverit, illum obnoxium et subjectum declaramus pœnis per Sacros Canones in eos propositis qui mandata apostolica contempserint ac violaverint.

§ 6. De contractu autem qui novas has controversias excitavit, nihil in præsenti statuimus; nihil etiam decernimus modò de aliis contractibus, pro quibus theologi et canonum interpretes in diversas abeunt sententias; attamen pietatis vestræ studium ac religionem inflammandam existimamus, ut hæc quæ subjicimus exsecutioni demandetis.

§ 7. Primùm gravissimis verbis populis vestris ostendite, usuræ labem ac vitium a divinis litteris vehementer improbari; illud quidem varias formas atque species induere, ut fideles, Christi sanguine restitutos in libertatem et gratiam, rursus in extremam ruinam præcipites impellat : quocirca, si pecuniam suam collocare velint, diligenter caveant, ne cupiditate, omnium malorum fonte, rapiantur; sed potiùs ab illis qui doctrinæ ac virtutis gloriâ supra cæteros efferuntur, consilium exposcant.

§ 8. Secundo loco, qui viribus suis ac sapientiæ ita confidunt, ut responsum ferre de iis quæstionibus non dubitent (quæ tamen haud exiguam Sacræ Theologiæ et Canonum scientiam requirunt), ab extremis, quæ semper vitiosa sunt, longè se abstineant : etenim aliqui tantâ severitate de iis rebus judicant, ut quamlibet utilitatem ex pecunia de-

sumptam accenseut, tanquam illicitam et cum usura conjunctam; contrà verò nonnulli indulgentes adeò remissique sunt, ut quodcumque emolumentum ab usuræ turpitudine liberum existiment. Suis privatis opinionibus ne nimis adhæreant; sed priusquam responsum reddant, plures scriptores examinent qui magis inter cæteros prædicantur; deinde eas partes suscipiant quas tum ratione tum auctoritate planè confirmatas intelligent. Quòd si disputatio insurgat dum contractus aliquis in examen adducitur, nullæ omnino contumeliæ in eos confingantur qui contrariam sententiam sequuntur, neque illam gravibus censuris notandam asserant, si præsertim ratione et præstantium virorum testimoniis minimè careat: siquidem convicia atque injuriæ vinculum christianæ charitatis infringunt, et gravissimam populo offensionem et scandalum præ se ferunt.

§ 9. Tertio loco, qui ab omni usuræ labe se immunes et integros præstare volunt, suamque pecuniam ita alteri dare, ut fructum legitimum solummodo percipiant, admonendi sunt, ut contractum instituendum antea declarent et conditiones inserendas explicent et quem fructum ex eadem pecunia postulent. Hæc magnopere conferunt, non modò ad animi sollicitudinem et scrupulos evitandos, sed ad ipsum contractum in foro externo comprobandum; hæc etiam aditum intercludunt disputationibus quæ non semel concitandæ sunt, ut clarè pateat utrùm pecunia, quæ ritè data alteri videtur, revera tamen palliatam usuram contineat.

§ 10. Quarto loco, vos hortamur ne aditum relinquatis ineptis illorum sermonibus qui dictitant, de usuris, hoc tempore, quæstionem institui, quæ solo nomine contineatur, cùm ex pecunia, quæ quâlibet ratione alteri conceditur, fructus, ut plurimùm, comparetur. Etenim quàm falsum id sit et a veritate alienum, planè deprehendimus, si perpendamus naturam unius contractûs ab alterius natura prorsus diversam et sejunctam esse, et ea pariter discrepare magnopere inter se, quæ a diversis inter se contractibus consequuntur. Revera discrimen apertissimum intercedit fructum inter, qui jure licito ex pecunia desumitur, ideoque potest in utroque foro retineri, ac fructum qui ex pecunia illicitè conciliatur, ideoque fori utriusque judicio restituendus decernitur. Constat igitur haud inanem de usuris quæstionem hoc tempore proponi, ob eam causam quòd, ut plurimùm, ex pecunia quæ alteri tribuitur fructus aliquis excipiatur.

§ 11. Hæc potissimùm vobis indicanda censuimus, sperantes fore ut mandetis executioni quæcumque per has litteras a Nobis præscribuntur. Opportunis quoque remediis consuletis, uti confidimus, si fortè, ob hanc novam de usuris controversiam, in diœcesi vestra turbæ concitentur, vel corruptelæ ad labefactandum sanæ doctrinæ candorem ac puritatem inducantur. Postremò, Vobis, et gregi curæ vestræ concredito, Apostolicam Benedictionem impertimur. Datum Romæ... 1 nov. 1745.»

Ex hac solemni S. Pontificis declaratione videri poterat dirimi debere controversia. At multum abfuit quin res ita cederet. Paulò post non defuerunt auctores qui easdem opiniones variis successivè temporibus propugnarent; sed non defuerunt etiam qui eos confutarent. Anno 1789

nova apud nos inducta est legislatio, ex qua potest in pactum deduci lucrum ex mutuo, modò non infringatur taxatio legis : hinc exorta multa dubia, multæ controversiæ ; hinc magis invaluit apud non paucos opinio jamdiu a pluribus theologis in Germania potissimùm propugnata, scilicet posse auctarium percipi vi legis civilis, quæ haberi potest ut titulus mutuo extrinsecus et legitimus. Sæpius ad Sedem Apostolicam recurrentibus Episcopis aliisve, nullum aliud diu datum est Responsum, nisi *Servandam esse Encyclicam Benedicti* XIV, et aliquando *Adeundum esse librum* ejusdem *de Synod. Diœces.* Tandem an. 1830 et deinceps plura prodierunt S. Pœnitentiariæ et Congregationis S. Officii Responsa, quibus non omnes eumdem sensum aut eamdem extensionem tribuerunt, sed ex quibus sedatæ sunt controversiæ, et generatim mitior evasit circa eam materiam confessariorum agendi ratio.

Ex hac expositione colligendum est ad triplicem classem reduci posse varias opiniones circa quæstionem præsentem. Prima est eorum qui dicunt lucrum perceptum ex quolibet mutuo, etiam consumptionis, non esse prohibitum nisi quatenus adversatur charitati, vel exigitur ultra modum ab auctoritate legitima determinatum : illi inter se differunt pro diversis rationibus quibus innituntur. Secunda est eorum qui admittunt prohiberi quidem absolutè et tanquam justitiæ adversum lucrum perceptum ex mutuo consumptionis ; sed aliud dicendum propugnant de mutuo quod vocant incrementi aut negotiationis : illi etiam ab invicem discrepant pro variis viis quas inierunt ad tuendam suam sententiam. Tertia demum eorum est qui propugnant illicitum et injustum esse quodcumque lucrum perceptum ex mutuo, sive consumptionis, sive negotiationis, absque aliquo titulo extrinseco : illi inter se scinduntur quoad varios titulos qui occurrere possunt et auctarium licitum reddere.

Unus est ex his titulis qui ab aliis secerni potest, et dare locum quartæ opinioni : titulus nempe legis civilis, qui id peculiare habet quòd, si admittatur, sit omnino generalis seu omnes casus complectatur, simulque efficiat ut jam apud nos quoad praxim necessaria non sit solutio quæstionis præcipuæ. Ideo opportunum judicamus eum quasi extra ordinem reponere et de eo separatim ab aliis titulis disserere. Itaque expendemus 1° quid et quotuplex sit usura; 2° utrùm et quo jure prohibeatur; 3° quousque extendatur hæc prohibitio; 4° agemus de restitutione usu-

rarum ; 5° denique loquemur de statu præsenti controversiæ circa usuram, et de regulis in praxi servandis.

ART. 1. *Quid et quotuplex sit usura.*

548. I. Usura vulgò DEFINITUR : *Quodcumque lucrum perceptum vi mutui.* Hæc usuræ notio deducitur 1° ex BENEDICTO XIV, tum in *Encyclica,* § 3 et 4, tum in opere *de Synodo diœcesana,* loc. cit.; 2° ex communi sensu theologorum : fatetur enim ipsemet LA LUZERNE, jam a sæculo XV generaliter receptam fuisse eam notionem. Hoc autem in præsenti sufficit : satis est enim ut notum sit quid intelligant auctores qui pronuntiant omnem usuram esse prohibitam : hoc indicato, expendendum solummodo superest an solidè probetur hæc prohibitio. Definitionem ergo illam paucis evolvamus.

Dicitur 1° *Quodcumque lucrum*, id est, quidquid est pretio æstimabile, sive sit pecunia, sive aliud quod pecuniâ æstimari possit, quia illud omne pro lucro habetur. Sic a multis usurarium reputatur pactum quo mutuatarius erga mutuantem se obligat ad aliquid ad quod non tenebatur nisi ex charitate aut alia virtute distincta a justitia; quia obligatio justitiæ quæ oritur ex pacto est certè onus pretio æstimabile, inquit S. LIGUORI. Sic docent satis communiter auctores adesse usuram, si mutuans paciscatur cum mutuatario ut *officinam suam frequentet*, ut *sibi locet suas operas*, vel de aliis hujusmodi, sed justo semper pretio; item si exigat ut mutuatarius *se obliget* ex parte sua *ad remutuandum :* quia tollitur libertas mutuatarii, et sic imponitur onus pretio æstimabile. Attamen plures afferunt varias restrictiones : nec desunt qui ipsum principium rejiciant, quia seclusâ vi et fraude, onera sunt ex utraque parte æqualia, et neutri proinde damnum infertur. — 2° *Perceptum :* non requiritur ut lucrum præcisè exactum fuerit, cùm, ut infrà videbimus, ex Urbani III definitione, usura possit existere etiam omni conventione cessante. — 3° *Vi*, seu *ratione* ipsius mutui, seu, ut alii dicunt, immediatè ex mutuo, quia si percipiatur ex quodam alio titulo extrinseco et legitimo, jam non aderit

usura. Item non adest usura, si mutuum sit tantummodo occasio lucri : requiritur ut obtineatur lucrum tanquam debitum, in animo utriusque aut saltem alterutrius e contrahentibus. Et quidem animadvertenda est eâ de re propositio XLII damnata ab INNOCENTIO XI : « Usura non est » dum ultra sortem aliquid exigitur, tanquam ex benevo» lentia et gratitudine debitum, sed solùm si exigatur tan» quam ex justitia debitum. » Eam damnavit etiam clerus Gallicanus ut *falsam*, *scandalosam*, *cavillatoriam*, *in praxi periculosam*, *palliativam usurarum*. Revera eo ipso quòd exigitur tanquam debitum, aliquid additur obligationi gratitudinis : insuper alioquin excusarentur omnes usurarii, cùm parvi illorum intersit an habeant titulo justitiæ, an titulo gratitudinis. — 4° *Mutui*, quia, ut ait BENEDICTUS XIV, usura in mutuo propriam sedem et locum habet : unde in aliis contractibus potest adesse injustitia, non verò usura, nisi mutuum implicitum contineant.

Cæterùm hæc definitio, et præsertim illius extensio, meliùs intelligetur ex iis quæ postea dicturi sumus.

549. II. Multiplex afferri solet DIVISIO *usuræ*. — 1° Dividitur, præsertim a jurisperitis, in *lucratoriam*, quæ percipitur vi mutui; *compensatoriam*, quæ percipitur in compensationem damni quod patitur mutuans; et *punitoriam*, quæ imponitur mutuatario in reddenda sorte moroso, unde et *moratoria* dicitur. — 2° Usura sumpta generatim pro quolibet auctario, dicitur vel *legalis*, quæ tribuitur vi solius legis, absque ulla conventione; vel *conventionalis*, quæ oritur ex conventione partium. Ita art. 1907 Cod. civ. Illud infrà fusiùs evolvetur. — 3° Alia est *explicita*, quæ etiam dicitur *formalis* seu *aperta;* alia *implicita*, quæ dicitur etiam *virtualis*, et quandoque *palliata*. Scilicet si verbis expressis postuletur lucrum ex mutuo, est usura explicita, formalis : si non expressè postuletur, sed tamen mutuans satis manifestet intentionem suam, dicitur implicita, virtualis : si demum obtegatur lucrum sub specie alterius contractûs diversi a mutuo, vel tituli ficti, dicitur palliata. — 4° Dividitur in *usuram sortis*, quâ datur lucrum pro pecunia accepta, et *usuram usuræ*, quâ ex usura

non soluta novum conficitur capitale quod iterum pariat usuram. Hæc vocatur etiam *Anatocismus.* — 5° Demum dividitur in realem et mentalem. *Realis* dicitur, quando deducitur in pactum exterius, sive explicitum, sive implicitum. *Mentalis* autem duplici sensu intelligi potest : vel eodem sensu quo peccata dicuntur mentalia, quia nempe in sola mente consistunt, et sic esset voluntas percipiendi usuram ad effectum non transiens, et vocari posset cum quibusdam *interna*, vel *purè mentalis;* vel, prout communiter sumitur, pro ea quæ percipitur *omni conventione cessante*, prout loquitur URBANUS III, cap. *Consuluit*, x, *de Usuris*, v, XIX. Sed quid præcisè constituat usuram mentalem sic intellectam apud omnes non constat : id opportuniùs infrà (nº 565 et seq.) expendetur, quando nempe jam expositum fuerit quatenus usura sit prohibita.

ART. 2. *Utrùm et quo jure usura sit prohibita.*

550. Quæstionem hìc generatim spectantes, loquemur potissimùm de lucro percepto *ex mutuo* quod vocant *Consumptionis :* in art. seq. expendemus quousque præcisè extendatur prohibitio. Agemus seorsim de jure divino, et de jure naturali. Sed antea exponemus decisionem BENEDICTI XIV, quæ variis argumentis in utroque paragrapho afferendis viam parat, et loco eorum multis sufficere potest ad totius quæstionis solutionem.

§ 1. *De decisione* BENEDICTI XIV *circa prohibitionem usuræ.*

551. Ex BENEDICTI XIV Encyclica suprà allata adstrui posse putamus *prohibitam esse tanquam injustam quamcumque usuram.* Argumentum sic proponimus. Decisioni Benedicti XIV plenus assensus præstandus est : atqui illa decisio prorsus reprobat omnem usuram sensu a nobis exposito. Ergo, etc.

Prob. Maj. Quilibet catholicus assentiri debet judicio dogmatico solemni, seu, ut aiunt, ex cathedra lato à Summo Pontifice, non improbante, imò assentiente totâ Ecclesiâ ; ita admittunt omnes catholici et adstruitur in *Tr. de Ecclesia :* atqui talis est decisio Benedicti XIV de qua hìc

agimus. — 1º Est judicium *dogmaticum.* Si enim attendamus ad ejus *objectum*, non agitur hîc de quadam disciplina stabilienda, sed de adstruenda veritate, practicâ quidem, sed cum revelatione connexâ, utpote ex Scripturæ et traditionis interpretatione colligendâ; et ad mores fidelium informandos necessariâ. Si attendamus ad ipsum *tenorem* Constitutionis pontificiæ, idem manifestum erit: malum cui remedium opportunum afferre voluit in eo erat quòd *nonnullæ per Italiam disseminarentur sententiæ quæ sanæ doctrinæ haud consentaneæ viderentur;* ideo consilium suscepit quo Sedes Apostolica uti consuevit, scilicet accivit doctores qui *certam de usuris doctrinam constituerent*, suasque opiniones scripto exararent; horum sententias deinde approbavit et confirmavit, mandans episcopis ne *populum instruendo* ab iis recederent, neque permitterent in suis diœcesibus *contrarium doceri.* Tandem si respiciamus *scopum* quem exponit ipse Benedictus XIV in libro *de Synodo* voluit impedire *ne catholicæ doctrinæ puritas.... hâc erroris labe fœdaretur;* ideo plura declaravit, ex quibus concludit *erroneam opinionem*, jam *prædamnatam*, et nunc *expressè ab Apostolica Sede reprobatam*, debere e diœcesibus exturbari: quamvis autem in eo opere non loquatur nisi ut doctor privatus, quis ei fidem deneget quando testatur quid in sua Encyclica intenderit, quid præstiterit? Ergo, etc. — 2º Est judicium *solemne.* Quamvis enim dirigatur ad solos Italiæ episcopos, non ideo minùs data est a Summo Pontifice vi auctoritatis sibi a Christo concessæ: facilè id ostendi potest, tum ex tenore ipsiusmet Encyclicæ, ab initio et speciatim § 1 et 5; tum ex libro *de Synodo Diœces., loc. cit.*, speciatim nis X et XI. Hinc SS. Pontifices subsequentes eam proposuerunt episcopis et animarum pastoribus tanquam regulam omnino sequendam etiam extra Italiam: ita pro Africa ipse Benedictus XIV in *Instructione* ad P. Carolum Felicem; pro America, Pius VI in Responsione ad episcopum Quebecensem; pro Gallia, pluries idem Pius VI, Pius VII, et Pius VIII. Hinc etiam in Responsione S. Rom. Inquisitionis ad presbyterum diœcesis Augustodunensis,

datâ die 29 julii 1835 et a SS. D. N. Gregorio XVI approbatâ dicitur : « Orator se gerat juxta doctrinam contentam » in Encyclica Benedicti XIV *Vix pervenit*, quæ respicit » universam Ecclesiam. » — 3° *Non improbavit*, imò *assensum dedit tota Ecclesia.* Certum est eam Encyclicam brevì in tota Ecclesia innotuisse : porrò exinde nullam videmus exortam reclamationem; contrà summo plausu in Italia recepta est, et in aliis regionibus; eâ nituntur pastores in suis tradendis instructionibus; eam sequuntur theologi; ii etiam qui lucrum aliquod permittunt vulgò ejus auctoritatem non inficiantur, sed eam ad sensus alienos detorquent. Ergo revera huic assensum dedit universa Ecclesia. Facilè occurrerent testimonia auctorum e variis regionibus qui eam exhibent tanquam normam doctrinæ in hac materia sequendæ : suppetunt speciatim pro Missionibus Sinicis, et pro America septentrionali, de quibus moveri potuisset dubium. Ergo ex hac Encyclica dirimi potest controversia. — Nec obest quòd ejus forma sit diversa sub variis respectibus a forma consueta judiciorum dogmaticorum. Cùm enim agatur, non de lege disciplinæ, sed de doctrina morum et juris divini interpretatione, quocumque modo, quâcumque formâ nobis innotescat doctrina Ecclesiæ, huic adhærere debemus : ex doctrina Ecclesiæ nobis præstò est interpretatio juris divini, cui omnino stare tenemur, independenter a formis quæ circa legum disciplinæ confectionem aut promulgationem requiri possunt. Aliunde hæc diversitas formæ satis facilè explicatur tum ex consueto agendi seu potiùs disserendi modo Benedicti XIV, tum ex peculiaribus Encyclicæ circumstantiis quæ ex ejus tenore innotescunt.

Prob. min. Duo nobis sufficiunt : 1° ut Benedictus XIV notionem usuræ eodem sensu ac nos accipiat; 2° ut eam reprobet tanquam injustam. Atqui hæc duo constant. — 1° Benedictus XIV *notionem usuræ* eodem sensu accipit ac suprà exposuimus. Juxta eum, § 3, nis I et II, usura non consistit præcisè in lucro immodico, nec in lucro exacto a pauperibus, sed eo nomine intelligit quodcumque lucrum ultra sortem ratione ipsius mutui perceptum. Jam verò vel

illa definitio intelligenda est sensu a nobis exposito, vel dicendum cum quibusdam Benedictum XIV illud solummodo lucrum attingere quod percipitur ab eo qui, post datum mutuum absque ulla lucri stipulatione, vult aliquid postea ultra sortem exigere, seu, ut quidam dicunt, usuram esse quando lucrum percipitur ex mutuo gratuito, nudo et simplici, non verò quandò educitur e mutuo oneroso. Atqui posterius dici nequit. Nam ex ipsa Encyclica, ex libro *de Synodo*, et ex ipsa rei natura constat voluisse S. Pontificem ferre decisionem quæ contradicat doctrinæ ab aliquo propugnatæ, vel saltem de qua timendum erat ne propugnaretur. Jam verò quis unquam propugnavit opinionem quam hìc rejectam volunt adversarii? nullus sanè auctor afferri poterit qui contenderit post datum gratuitò mutuum posse lucrum exigi : illud a nemine sano propugnari potest. Ergo, etc. Et verò dici non potest S. Pontificem tulisse definitionem omnino vanam, et quoad praxim omnino illusoriam, præsertim cùm ipse, § 10, insurgat contra *ineptos illorum sermones qui dictitant de usuris hoc tempore quæstionem institui quæ solo nomine contineatur*. Porrò talis esset illa definitio, in sententia quam impugnamus : quis enim nisi omnino rudis, vel insolentissimæ improbitatis, lucrum intendens, primò huic saltem tacitè renuntiet, et postea exigat? Sanè nihil facilius esset quàm legem hujusmodi eludere. Quod autem dicimus de illa interpretatione, pari jure applicari potest sententiæ eorum qui contendunt ex pecunia data posse lucrum percipi, non quidem vi mutui, sed vi locationis vel alterius contractûs qui in omni circumstantia fieri possit. — 2° Benedictus XIV usuram sic intellectam reprobat ut *injustam*. Verba ejus, § 3, n° II, et § 4, adeò sunt aperta, ut vis eorum nullâ possit tergiversatione eludi. Porrò, circa hanc et præcedentem assertionem observandum est eas exhiberi a Benedicto XIV, § 4, tanquam comprobatas pluribus sacrarum litterarum testimoniis, Pontificum decretis, Conciliorum et Patrum auctoritate : ex quibus jam intelligimus quid sentiendum de multis plerorumque adversariorum assertionibus.

§ 2. *De prohibitione usuræ ex jure divino.*

552. Multiplici argumento adstruemus theologorum doctrinam, quam exprimit sequens

ASSERTIO : ***Jure divino reprobatur tanquam injusta quæcumque usura, seu quodcumque lucrum perceptum vi mutui, sive erga pauperem, sive erga divitem, et quantumvis sit moderatum et exiguum.***

ARGUMENTUM I[um]. *Ex Scriptura Sacra.*

I. *Ex Veteri Testamento.* Sex afferuntur textus : tres ex Pentateucho, nempe *Exod.* XXII, 25 : « Si pecuniam » mutuam dederis populo meo pauperi qui habitat tecum, » non urgebis eum quasi exactor, nec usuris opprimes ; » *Levitic.* XXV, 35 : « Si attenuatus fuerit frater tuus.... ne » accipias usuras ab eo, nec amplius quàm dedisti.... Pe- » cuniam tuam non dabis ei ad usuram, et frugum super- » abundantiam non exiges ; » *Deuteron.*, XXIII, 19 : « Non » fœnerabis fratri tuo ad usuram pecuniam; nec fruges, » nec quamlibet aliam rem, sed alieno. Fratri autem tuo » absque usura id quo indiget commodabis, ut benedicat » tibi Dominus Deus tuus in omni opere tuo. » Quartus textus est *Psalm.* XIV : « Domine, quis habitabit in ta- » bernaculo tuo ?.... Qui ingreditur sine macula et opera- » tur justitiam.... qui pecuniam suam non dedit ad usu- » ram et munera super innocentem non accepit. » Quintus est *Ezechiel.*, XVIII, 5 et seq., et 14 et seq. : vir justus ita describitur, « Si fecerit judicium et justitiam,.... ad usu- » ram non commodaverit et amplius non acceperit.... » Virum autem injustum ita depingit Propheta, 10 et seq. : « Rapientem rapinas, pignus non reddentem, ad usuram » dantem et amplius accipientem : numquid vivet ? non » vivet. Cùm universa hæc detestanda fecerit, morte mo- » rietur. » Sextus tandem II *Esdr.*, V. Ibi Nehemias divites variè increpat : « Usurasne singuli a fratribus vestris » exigitis ?.... Non est bona res quam facitis.... Et ego et » fratres mei et pueri mei commodavimus plurimis pecu- » niam et frumentum : non repetamus in commune istud, » æs alienum concedamus quod debetur nobis. Reddite eis

» hodie agros suos et vineas...: quin potiùs et centesimam » pecuniæ, frumenti, vini, et olei quam exigere soletis ab » eis, date pro illis. Et dixerunt : Reddemus, et ab eis nihil » quæremus : sicque faciemus ut loqueris. » — Ut ex iis textibus aliquid probetur, sufficiunt quatuor : 1° ut eadem exhibeatur usuræ notio quam exhibent theologi ; 2° ut prohibeatur omnibus Judæis et erga omnes ; 3° ut prohibeatur tanquam injusta ; 4° demum ut lex illa non fuerit abrogata quoad Christianos. Atqui.... — 1° Eadem *usuræ notio* exhibetur quam exhibent theologi. In eo scilicet consistit quòd plus quàm datum est accipiatur, seu in superabundantia : nec distinguitur an moderatum sit tale lucrum, an immoderatum ; satis est ut mutuans non solùm recipiat quod dedit, et compensationem damni si quod ex mutuo passus sit (quæ compensatio censetur etiam mera dati recuperatio), sed aliquid ultra, adeò ut verè lucretur. Unde si more scholasticorum loqui velimus, dici potest designari usuram lucratoriam, non compensatoriam. — 2° Lucrum illud *prohibetur erga omnes Judæos*, sive pauperes, sive divites. In Exodo quidem et Levitico fit mentio pauperis tantùm : sed non ideo excluditur prohibitio generalis erga omnes Judæos. Nam nihil in Scripturis frequentius quàm ut quædam prohibeantur erga quasdam personas quarum respectu graviora forent, quin tamen inde concludi possit permitti aut non prohiberi erga alias : sic sæpe prohibetur negare mercedem indigentis, pervertere judicium pupilli, calumniari viduæ, etc. Sequitur tantùm afferenda esse alia loca ut ostendatur prohibitio generalis. Porrò hanc includit *textus Deuteronomii*. Id deduci potest tum ex generalitate verborum, quæ sub nomine *fratris* indicant omnes Judæos, sive divites, sive pauperes ; tum ex oppositione seu parallelismo inter duas partes textûs : scilicet prohibetur erga Judæos quod permittitur erga alienos ; porrò ex sententia ipsorum adversariorum non permittitur usura erga pauperes alienos, cùm hæc legi naturali adversetur ; ergo illud quod prohibetur erga fratres non est præcisè usura erga pauperes. Neque contrarium evinci potest ex iis verbis, *Id quo indiget :* nam hæc non

occurrunt in textu primigenio, nec in antiquis versionibus; et insuper non indicant pauperem, quia aliud est simpliciter *indigere*, aliud *indigere re aliqua :* prius indicat egestatem, posterius verò aliquam tantùm rei necessitatem, quæ nisi existeret res mutuo non postularetur. Idem deduci potest ex textibus *Psalmorum et Ezechielis*, in quibus nulla prorsus affertur distinctio aut restrictio : non minùs generaliter damnatur usura quàm alia vitia ibi memorata ; imò usura damnatur tanquam ab oppressione pauperum distincta, ac proinde aliunde desumit malitiam suam. Tandem idem eruitur ex *interpretatione ipsorum Judæorum.* Constat in Talmude et in libris Rabbinorum ita legem intelligi ut usura nequeat erga ullum fratrem seu Judæum, sive pauperem, sive divitem, exerceri. Id multis allatis testimoniis clarè ostendit D. Drach ; ita etiam intelligunt legem Josephus, et Philo ; id denique pro certo habuerunt multi usurarum patroni, speciatim inter Protestantes. — 3° Usura prohibetur ut *injusta.* Ipsa lex, ait Bossuet, per unum verbum, ut in legibus fieri solet, ostendit iniquitatem usuræ, quando dicit plus accipi quàm datum est. Sed aliquid magis expressum reperimus in libro II Esdræ, cùm usuræ restitutionem impositam ibi legimus; postquam enim, versu 3, Nehemias usuras increpavit, versu 11 restituendas indicat quemadmodum alienos agros, vineas, etc. quæ sanè ex justitia restituenda erant : *quin et potiùs centesimam pecuniæ.... quam exigere soletis ab eis, date pro illis :* id est, interprete Menochio, *Restituite eis aut dimittite usuram,.... concedite ut sibi habeant.* — 4° Lex illa *non fuit abrogata.* Ad hoc enim sufficit ut habenda sit tanquam lex moralis, non verò judicialis : atqui revera, etc. Quicumque enim legem attentè inspexerit, ait Bossuet, agnoscet illius mentem esse usuram prohibere tanquam aliquid in se malum : in Psalmis enim et in Prophetia Ezechielis recensetur inter vitia quæ manifestam iniquitatem præ se ferunt : ita legem intellexerunt ipsimet Judæi, ait idem Bossuet, Josephum et Philonem allegans. Idem ostendi posset ex auctoritate Ecclesiæ. Etenim SS. Patres et Concilia illis textibus innixa sunt ut usuram dam-

narent : et quidem ita loquuntur quasi ibi agnoscant verum præceptum, cujus violatio grave flagitium inducit, et graves pœnas meretur. Hinc meritò clerus Gallicanus an. 1700 damnavit sequentem propositionem : « Usura etsi esset » prohibita Judæis, non tamen Christianis, lege veteri in » judicialibus præceptis abolitâ per Christum. — Hæc » propositio, aiunt Præsules, verbo Dei contraria est, novæ » legis perfectionem et gentium omnium in Christo adu» natarum fraternitatem tollit. »

553. *Obj.* In *Deuteron.*, XXIII, 19, legitur : *Non fœnerabis fratri tuo ad usuram*....., SED ALIENO. Exinde sic argumentantur adversarii. Per has voces, *Sed alieno*, permittitur vera usura, siquidem permittitur erga alienum quod prohibetur erga fratrem. Neque est mera tolerantia, sed vera facultas, cùm verba nullam includant restrictionem. Tandem ibi agitur de omnibus omnino extraneis et non tantùm de gentibus anathemati subjectis : verba sunt omnino generalia, nec ulla adest ratio ea restringendi ; et insuper cùm Israelitis prohiberetur quodcumque commercium cum gentibus anathemati subjectis, cum ipsis mutuum iniri non poterat, nec proinde usura ab ipsis percipi. Porrò ex his concludendum est usuram non fuisse in lege veteri prohibitam tanquam aliquid in se malum, cùm in ea lege præscriberentur præstanda etiam extraneis quæcumque exigit charitas et justitia ; sed eam legem fuisse merè judicialem, et a Deo latam tum ne nimia fortunæ disparitas inter Judæos obtineret, quod ex usura consequi solet, tum ad fovendam inter eos charitatem et conjunctionem sicque efficaciùs eos removendos et separandos a commercio gentium alienarum. Igitur ex veteri lege nihil sub nova deduci potest.

R. Triplex affertur responsio.—I^a interpretatio facultatem restringit erga solos Chananæos, seu erga solas gentes anathemati subjectas. Ita S. AMBROSIUS, quem sequuntur plures, innixi circumstantiis locorum et temporum, ex quibus Hebræis vix alia occasio mutui et usuræ aderat quàm cum illis gentibus : quibuscum prohibitum quidem erat fœdus inire, et aliis variis modis conjungi, sed esse poterat tamen aliqua relatio, per quam daretur mutuo locus. Sic explicatur quomodo gentibus illis saltem moraliter deletis, David et Ezechiel usuram universim reprobent, absque ulla fratris et alieni distinctione.—II^a interpretatio legem illam intelligit de omnibus extraneis, et tenet adfuisse quamdam ei dispensationem, per quam Deus permiserat Hebræis usuram exigere, quemadmodum permiserat vasa Ægyptiorum auferre, vi nempe supremi sui in omnia dominii. Ea autem hujus dispensationis ratio affertur, quòd cùm variæ gentes nonnisi cum usura mutuum darent Hebræis, æquum fuit ut quodam compensationis jure uterentur, alioquin mox opprimendi et ad inopiam reducendi.—III^a demum interpretatio, quæ est S. Thomæ, quem passim sequuntur interpretes et theologi, legem intelligit de mera tolerantia, et tenet id unum esse ex iis quæ

Deus nonnisi ad duritiam cordis permisit. Ita sentit Bossuet, asserens ita Deum egisse, tum ut se accommodaret infirmitati Hebræorum, tum ut efficaciùs removerentur a moribus et vitiis alienorum amplectendis. — Quæcumque admittatur interpretatio, nihil inde concludi potest pro tempore novæ legis, cùm jam a Christo sublata sit quæcumque fratris et alieni distinctio.

554. II. *Ex Novo Testamento.* Agitur hic de celebri textu S. LUCÆ, VI, 35 : *Mutuum date, nihil inde sperantes.* Exinde deducetur usuram esse in Novo Testamento prohibitam, si ex illo textu probetur veterem usuræ prohibitionem fuisse a Christo confirmatam, imò ad majorem perfectionem adductam : tunc enim usura prohibita censenda erit erga omnes sive divites, sive pauperes, ut in veteri lege; sive fratres, sive extraneos, cùm Christus eam distinctionem de medio sustulerit, et omnes homines habendos ut fratres præceperit. Atqui revera probatur ex allato textu, etc. Etenim 1° si attendatur *scopus* et *finis* Christi, manifestè elucet eum non venisse solvere legem, sed adimplere; et voluisse a discipulis suis exigere justitiam et perfectionem quæ magis abundaret quàm justitia Publicanorum et Pharisæorum, circa varia puncta de quibus loquitur. Atqui scopum illum non attigisset, si loquens de mutuo ut omnes agnoscunt, non confirmasset veterem usuræ prohibitionem. 2° Si inspiciantur *ipsa verba Christi*, vel intelliguntur de præcepto negativo prohibente lucrum ultra sortem percipiendum, vel de præcepto affirmativo mutuum dandi etiam quando non speratur restitutio sortis, vel par beneficium. Si prius, nulla est difficultas. Si posterius, etiam : nam ille legem non abrogat, qui ei consilium vel præceptum addit : atqui nihil aliud agit Christus. 3° Si attendantur *circumstantiæ temporum et personarum*, Christus alloquebatur Judæos, qui non ignorabant usuram esse sibi inter fratres prohibitam. Jam verò illi Christum audientes, qui a discipulis suis tantam exigebat perfectionem, nonne sibi persuadere debuerunt a fortiori in suo robore permansuram prohibitionem quâ jam erant adstricti? 4° Demum idem ostendi potest ex *interpretatione Ecclesiæ*. Eâ de re duos testes appellare possumus omni exceptione majores. Sic loquitur BOSSUET, 2ᵉ *Inst. sur la*

version du N. T. de Trévoux; « La tradition constante des » Conciles, à commencer par les plus anciens, celle des Pa- » pes, des Pères, des interprètes et de l'Eglise Romaine, est » d'interpréter ce verset comme prohibitif du profit qu'on » tire du prêt. » Benedictus autem XIV, *loc. cit.*, nº VI : « Illis Christi Domini verbis, *Mutuum date, nihil inde spe- » rantes*, præceptum tradi, seu veriùs naturalem legem ite- » rum inculcari nihil prorsus lucri ex mutuo ab ullo, sive » paupere, sive divite, exigendi, non solùm docet S. Tho- » mas, 2. 2, q. LXXVIII, art. 1 ad IV, sed concors fuit Con- » ciliorum, Patrum, Summorumque Pontificum sententia, » præcipuè Urbani III, in cap. *Consuluit, de Usuris*, qui » præfati textûs auctoritate, omnem, quantumvis mini- » mam, usuram universim velitam pronuntiavit. » Revera citari possent plura concilia, et theologi fermè omnes.

Obj. Christus in parabola exhibet, et quidem sinè ulla improbationis nota, patremfamiliàs ila servo loquentem, *Matth.*, XXV, 27 : *Oportuit ergo te committere pecuniam meam numulariis, et veniens ego recepissem utique quod meum est* CUM USURA ; et *Luc.*, XIX, 23 : *Quare non dedisti pecuniam meam ad mensam, ut ego veniens* CUM USURIS *utique exegissem illam?* Ergo usuram licitam supponit.

R. 1º Certum non est ibi agi de mutuo : non enim explicatur modus quo pecunia committebatur numulariis, seu dabatur ad mensam; forsan ille qui tradebat pecuniam ejus periculum subibat, et sic jus habebat ad lucrum. — 2º Licèt ageretur de mutuo, nihil concludi posset. Quæcumque enim referuntur in parabolis non ideu approbat Christus : v. g., laudatur villicus iniquitatis, *Luc.*, XVI, 8, qui tamen certè damnum injustum intulerat domino. Imò potiùs inde colligi potest usuræ injustitia. Dominus enim ibi argumentatur ad hominem : *De ore tuo te judico, serve nequam; sciebas quòd ego homo austerus sum, tollens quod non posui*, etc. Unde attento contextu colligitur usuram percipere esse proprium hominis austeri, qui metit ubi non seminavit, etc.

555. ARGUMENTUM IIum. *Ex Conciliis.* — Ut ex Conciliis probetur nostra assertio, sufficit ostendere, 1º ea reprobare omnem usuram, absque distinctione pauperum et divitum; 2º tanquam lege divinâ prohibitam; 3º tanquam injustam : atqui hæc tria constant. — 1º Reprobatur *omnis usura.* Id agnoscit LA LUZERNE pro conciliis habitis a seculo XIII. Porrò aliud non docuerunt concilia præcedentia. In iis communiter nulla fit distinctio pauperis et divitis, nec inveniuntur restrictiones quas in scriptis SS. Patrum

deprehendere arbitrantur adversarii : e canonibus vix unus aut alter, inquit BALLERINI, pauperes memorat. Non rarò quidem in expositione mentio fit de pauperibus aut de usuris immoderatis : sed plerumque ipsa dispositio seu prohibitio quæ consequitur est omnino generalis et absoluta. — 2° Reprobatur usura tanquam *lege divinâ prohibita*. Sæpe, ut diximus, concilia allegant sive Veteris, sive Novi Testamenti testimonia, quibus usura prohibetur : et ita loquuntur ut apertè ostendant non legem positivam decerni, sed novam inculcari. Citari potest Concilium Carthaginense I, circa ann. 348, can. XIII : « Abundantius » episcopus dixit : In nostro Concilio statutum est ut non » liceat clericis fœnerari.... Gratus episcopus dixit :... De » quibus apertissimè Divina Scriptura sanxit, non differ» renda sententia est, sed potiùs exsequenda. Proinde quod » in laicis reprehenditur, id multò magis in clericis oportet » prædamnari. Universi dixerunt : Nemo contra prophetas, » nemo contra Evangelia facit sine periculo. » Innovatus fuit ille canon in concilio Carthaginensi VI, an. 419, can. V, et in concilio Aquisgranensi, an. 816, can. LXI. Concilium Turonense, an. 461, can. XIII : « Scriptum est : *Qui pe» cuniam suam non dedit ad usuram*, et alio loco *In pla» teis ejus usura et dolus*. Manifestum est beatitudinis non » posse consequi gloriam qui a præceptis divinis devia» rit. » — 3° Usura reprobatur ut *injusta*. Primis quidem temporibus non præcipitur expressè restitutio, quia moris non erat in conciliis evolvere consectaria doctrinæ traditæ, quæ evolvere et populos edocere pertinebat ad pastores. Sed postea Concilium Papiense, an. 850, sic statuit, can. XXI : « Quia terribiliter propheticus sermo minatur » ad usuram dantem et amplius accipientem in æternum » non esse victurum...., censemus ut quique hoc perpe» trasse inveniuntur, si supersunt a quibus usuras exege» runt, ipsis restituant quæ superabundantius abstulisse » probantur. » Tandem a sæculo XIII usura exhibetur in conciliis tanquam species furti, fatente LA LUZERNE, qui addit : « Le second concile de Lyon (en 1274, Écuménique) » prescrivit absolument la restitution des intérêts usu-

» raires; et, à la suite d'un concile général, il a dû néces-
» sairement arriver qu'un grand nombre et de conciles
» provinciaux et de synodes diocésains aient rendu la
» même ordonnance. » Ergo, etc.—Addere juvat decretum concilii Viennensis, œcumenici, an. 1311, quod exstat etiam *Clementin.*, l. v, tit. v : ibi postquam dictum est *usurariam pravitatem* esse *contra jura divina pariter et humana*, sic concluditur : « Sanè si quis in
» illum errorem inciderit ut pertinaciter affirmare præ-
» sumat exercere usuras non esse peccatum, decernimus
» velut hæreticum puniendum. »

556. *Obj.* Concilia priorum sæculorum non reprobant usuram nisi in clericis ; nec reclamarunt contra leges civiles quæ permittebant usuras : ergo non habebant quamlibet usuram tanquam lege divinâ prohibitam. — *R.* ad I. « Si argumentum, inquit BENEDICTUS XIV,
» *de Synod.*, n° VIII, quidquam haberet roboris et efficacitatis, proba-
» ret etiam fornicationes et adulteria esse laicis permissa, quia pleri-
» que canones in solos clericos fornicarios et adulteros, nullà factà
» laicorum mentione, animadvertunt; quæ sanè argumentatio inepta
» foret et ridicula ; novum quippe non est Ecclesiam severiùs in cleri-
» cis punire delicta, quæ etiam in laicis execratur. » Vid. suprà textum Concilii Carthagineusis. Insuper, ut observat BOSSUET, mens conciliorum non est præcisè usuram in solis clericis damnare, sed eam damnatam supponendo, pœnas decernere : porrò nihil magis consuetum in antiquis canonibus, quàm laicorum crimina pœnis non plectere, quia illarum determinatio consuetudini, aut prudentiæ episcoporum relinquebatur.—Ad II. Cùm diu permisissent aut tolerassent usuras leges civiles, sæpe non nisi imprudenter voluissent episcopi earum revocationem statim expostulare : de iis igitur siluerunt, sicut de multis aliis quæ non ideo dici possunt fuisse ab Ecclesia probata.

557. ARGUMENTUM III^{um}. *Ex SS. Patribus.* — Si hic cum Protestantibus tantùm agendum haberemus, haud necesse foret probare SS. Patres omnem usuram reprobasse : id enim libenter admittunt, iisque crimini vertunt. Verùm alii nobis occurrunt adversarii. Agnoscunt quidem SS. Patres usuram reprobasse, quod nemo bonâ fide in dubium revocaverit : sed cum eis quæstio est qualem usuram damnaverint, et quo sensu. Porrò ut probetur nostra assertio, tria ostendemus : 1° SS. Patres per usuram intellexisse quod nos intelligimus ; 2° eam reprobasse tanquam justitiæ et non solùm charitati oppositam ; 3° reprobasse non tantùm erga pauperes, sed erga omnes, etiam divites.

I. SS. Patres *per usuram idem intellexerunt quod nos intelligimus*. Etenim juxta ipsos, usura est *fœnoris redundantia*, *plus accipere quàm datum est*, *sortis augmentum*, *accessorium quod præter sortem contingit*, *quidquid sorti accedit*, *pecuniæ aut alterius rei* mutuo datæ *cum fœnore receptio*, etc. : ita inter alios loquuntur Tertullianus, Lactantius, S. Basilius, S. Ambrosius, S. Hieronymus, S. Augustinus, S. Cyrillus Alexandrinus, Theodulphus Aurelianensis, Hugo a Sancto Victore, et alii plures. Porrò hæc notio non differt ab ea quam protulimus.

Nec refert quòd SS. Patres non loquantur de lucro percepto *vi mutui*, ac proinde videantur excludere titulos extrinsecos quos admittunt theologi. — Facilè explicantur eorum verba. Quando enim de re aliqua sermo habetur, intelligendus est tantùm de ipsius natura seu de eo quod ipsi intrinsecum est, seclusis circumstantiis extrinsecis, quæ sunt speciei prorsus diversæ. Imò cum SS. Patres loquantur de sortis augmento, dicant plus recipi quàm datum est, manifestè supponant usurarium ditescere, ipsi exprobrent quòd velit pecuniam suam germinare, fructificare, etc., eo ipso satis ostendunt se non loqui de casibus in quibus adsunt tituli extrinseci quales intelligunt theologi; tunc enim ea omnia applicari nequeunt. Ergo, etc.

II. SS. Patres *usuram reprobarunt ut injustam*. Eos sæpe verbo illo aut aliis idem exprimentibus usos fuisse omnino certum est ex eorum testimoniis. Porrò hæc non possunt intelligi aliter quàm de justitia strictè dicta. Satis sit quædam enumerare. Sic LACTANTIUS, non solùm usuram dicit injustam, sed ait : *Abstineat prorsus alieno, debet suo esse contentus; Suum* ad capitale, *Alienum* ad usuram referens. S. HILARIUS dicit : *Sic debitum reposce, ne spolies*. S. GREGORIUS NYSSENUS, fœnus vocat *latrocinium*, quo acquiruntur ea quæ ad nos non pertinent. S. ZENO Veronensis sortem vocat *Sua*, usuram verò *Aliena*. S. AUGUSTINUS de usuris ait : *Vellem restituerentur, sed non est quo judice repetantur*. HILDEBERTUS ait, *Septimo Decalogi præcepto prohiberi omne genus usuræ*.

Nec dicatur cum adversariis, SS. Patres haud absimilia proferre, quando divitibus inculcant obligationem bona

sua erogandi pauperibus. — Non eadem est loquendi ratio : ubi agitur de superfluis, intelligunt justitiam non humanam atque civilem quâ dominia ac jura hominum continentur, sed divinam eminentiorem, nempe erga Deum, cujus supremum in omnia bona dominium non impedit quin simul agnoscant ea esse justè parta, et verè nostra; at non ita loquuntur de usuris, quas nec justè acquisitas, nec nostras dicunt. Ita Ballerini.

III. SS. Patres usuram reprobant non solùm quoad pauperes, sed *quoad omnes, etiam divites*. Illud multiplici viâ ostendimus. — 1° Ex *generalitate verborum* quæ adhibuerunt. SS. Patres postquam usuram definierunt, absque ullo respectu ad pauperes vel divites, ut vidimus, eam purè et simpliciter damnant absque ulla distinctione inter usuram licitam et illicitam. Porrò si credidissent SS. Patres usuram non esse nisi ex pauperum conditione interdictam, non dixissent purè et simpliciter, *Non fœnerandum*, sed addidissent, *Cum paupere;* quemadmodum nemo diceret : *Domus non est pretio locanda*, licèt aliquando illud sit illicitum ob locatarii indigentiam. Agnoscimus quidem in multis SS. Patrum locis mentionem fieri de pauperibus : sed id locum non habet quando agitur de notione usuræ et illius injustitia, sed tantùm quando hujus horror a damnosis qui inde consequuntur effectibus incutiendus est. Inde igitur immeritò concluderetur eos non reprobare usuram nisi erga pauperes : cùm enim SS. Patres plerumque loquantur de usura in concionibus ad populum, mirum non est quòd illud insectentur quod frequentius est, et perniciosiores effectus depingant; sic agere consueverunt quando adversus graviora crimina disserunt, quin tamen divinam legem ad eos casus tantùm qui eos effectus parerent restringendam crederent. Insuper qui mutuum petit, dici potest verissimo sensu esse in necessitate, re aliqua indigere, quin eo ipso sit sensu stricto pauper; illud temporibus præsertim SS. Patrum verum esse debuit, cùm multo pauciores quàm hodie ad fortunam solùm multiplicandam mutuum acciperent : saltem fidenter asseri potest SS. Patres per pauperes erga quos, fatentibus adversariis,

reprobant usuram, nullatenus intelligere eos qui versantur in statu inopiæ et paupertatis, qualem intelligunt theologi quos impugnamus. Ergo stat argumentum desumptum ex generalitate verborum quibus usi sunt SS. Patres. — Nec reponant adversarii inde sequi quòd reprobaverint etiam usuras compensatorias. Jam diximus per verba SS. Patrum minimè excludi titulos legitimos. Si frequentiùs de his titulis non loquantur, multæ rationes afferri possunt. Prima est quòd Patres, plerumque concionatores, rarò casuistæ, vitia insectentur, quin indicent ea quæ judicant licita. Secunda, quòd iis non immorentur quæ omnibus erant cognita et aperta : porrò quis statim non videat et fateatur mutuanti suum beneficium non debere esse damnosum? Tertia, quòd multi ex SS. Patribus loca incolerent in quibus multi pauperes, et vix ullum commercium; ex quo fieri debuit, non solùm ut vix alii quàm pauperes mutuum peterent, sed etiam ut rariùs occurrerent tituli.—2° Ex *rationibus quibus nituntur SS. Patres*, quarum multæ respiciunt non solùm pauperes, sed etiam divites : v. g. illæ quæ desumuntur ex lege veteri, ex usuræ injustitia, ex sterilitate pecuniæ. — 3° Ex *auditorum querelis* adversùs SS. Patres. Legimus aliquando in ipsis ecclesiis fuisse excitatas auditorum querelas adversùs SS. Patres contra usuram perorantes : *Novi et ego vestrum murmur, dentiumque fremitus,* ait S. Gregorius Nyssenus. *Nec fallit,* ait S. Ambrosius, *dixisse aliquos : Quid sibi voluit episcopus contra fœneratores tractare? Scio quidem,* inquiebat S. Chrysostomus, *multos hæc non libenter audire.* Porrò si SS. Patres usuras tantùm erga pauperes damnassent, quis fœnerator tam impudens, in ipsa Ecclesia, murmurare ausus fuisset? Pariter si SS. Doctores in adversariorum sententia fuissent, monere debuissent se non omnem usuram damnare, sed eam tantùm quæ pauperes gravat; profectò solâ hâc admonitione rumores facilè conquievissent : et tamen nihil tale legimus. — 4° Ex *peculiaribus testimoniis* SS. Patrum de usura ex divitibus percepta. S. Basilius pluribus indicat se loqui etiam de usura ex divitibus percepta : « Argentum qui accepit, inquit, pri-

» mùm quidem splendidus ac hilaris est.... Lauta mensa » est, vestis pretiosior, famuli et splendidiore habitu in» duti. » Et postea : « Fœnore sumunt pecuniam homi» nes, qui se in laxiores impensas et in luxum inutilem » effundunt. » Deinde : « Fœnerator quæ in ædibus habes » perscrutatur; tua diligenter indagat commercia. » Demum agnoscit multos fœnore sumpto factos esse divites, quamvis addat plures pervenisse ad laqueos. S. Gregorius Nyssenus loquendo de mutuante, ait : « Curiosè et » anxiè inquirit in omnes debitoris actiones, in peregrina» tiones, in egressum, mercaturam, et si fama oriatur in» faustior, quòd scilicet quidam in latrones inciderit, vel » eventu aliquo inops ex opulento evaserit, sedet junctis » manibus, assiduè gemit.... Si autem mutuum fuerit » nauticum, littoribus assidet, deflet ventorum procellas, » perpetuò examinat euntes et redeuntes, etc. » Hæc sanè non indicant mutuum datum pauperibus ad consumptionem. S. Ambrosius loquitur de fœneratoribus qui aucupantur hæredes novos, adolescentulos divites explorant : « Aiunt nobile prædium esse venale, amplam do» mum.....; hortantur ut coemant.... Neganti se habere » pecuniam ingerunt suam, dicentes : Utere ut tuâ; de » fructibus emptæ possessionis pretium multiplicabis, de» bitum reddes. » Alibi loquitur de iis qui, « refugientes » præcepta legis, cum dederint pecuniam negotiatoribus, » non in pecunia usuras exigunt, sed de mercibus eorum » tanquam usurarum emolumenta percipiunt; » et addit : « Fraus ista et circumscriptio legis est, non custodia. Et » putas te piè facere quia a negotiatore quasi munus sus» cipis? Inde ille fraudem facit in mercium pretio, unde » solvit usuram. » Hæc sufficiant testimonia ut innotescat falsò asseri SS. Patres usuram reprobantes numquam locutos esse de divitibus et mercatoribus. Quædam alia addi possent; et si plura non suppetant, ratio afferri potest quia antiquis satis fuit usuram omnem generalibus verbis damnare : de casibus peculiaribus non loquebantur nisi datâ occasione; et plerumque ad pauperes respiciebant, quia vitium illud erat frequentius et simul longè magis perniciosum.

558. ARGUMENTUM IV^um^. *Ex Summis Pontificibus.* Exstant in jure canonico, specialim lib. v Decretal., tit. xix, plura SS. Pontificum rescripta, ex quibus manifestum evadit, 1° usuræ notionem non ab oppressione pauperum, sed a quolibet lucro supra sortem esse repetendam; 2° usuram esse crimen, utriusque testamenti paginâ condemnatum, sive a clericis, sive a laicis exerceatur, et tale ut ne ad opus quidem bonum dispensationi locus sit; 3° usuram esse non tantùm contra charitatem, sed contra justitiam, adeò ut usuræ perceptæ restituendæ sint, non ab iis solùm qui eas perceperunt, sed et ab eorum hæredibus; adeò ut etiam ille qui juravit se soluturum usuras debeat quidem solvere propter juramenti obligationem, sed ille qui percepit compelli debeat ad eas restituendas. Uno verbo, SS. Pontifices quamlibet usuram damnasse adeò certum est, ut libenter illud fateatur LA LUZERNE. Unde sufficiet quædam afferre testimonia. ALEXANDER III, CAP. *Cum tu*, v, *de Usuris*, v, xix, ad archiepiscopum Salernitanum sic scribit (an. 1180) : « Respondemus quòd, sive » ante, sive post interdictum nostrum usuras extorserint, » cogendi sunt per pœnam quam statuimus in concilio » (Lateran. III), eas his a quibus extorserunt vel eorum » hæredibus restituere,..... cùm juxta verbum B. Augus- » tini, *Non remittitur peccatum nisi restituatur abla-* » *tum.* » Non minùs aperta est decisio URBANI III, CAP. *Consuluit*, x, *ibid.* (an. 1186) : « Consuluit nos tua de- » votio, an ille in judicio animarum quasi usurarius debet » judicari qui non aliàs mutuo traditurus, eo proposito » mutuam pecuniam credit ut, licèt omni conventione » cessante, plus tamen sorte recipiat. Et utrùm eodem » reatu criminis involvatur qui..... Verùm quia quid in » his casibus tenendum sit ex evangelio Lucæ manifestè » cognoscitur, in quo dicitur : *Date mutuum, nihil inde* » *sperantes* : hujusmodi homines pro intentione lucri quam » habent (cùm omnis usura et superabundantia prohibea- » tur in lege) judicandi sunt malè agere, et ad ea quæ » taliter sunt accepta restituenda, in animarum judicio » efficaciter inducendi. » Citari possent etiam plura decreta Innocentii III. Uno verbo, ait LA LUZERNE : « Gratien a

» enseigné le devoir de restituer les intérêts du prêt : les » SS. Pontifes qui favorisaient son ouvrage ont reçu son » enseignement et l'ont érigé en décret : les Conciles, d'a» près les décisions des Papes, en ont fait des canons. » Nihil profectò apertius desiderari potest. Porrò, ut ait Bossuet, « Personne, dans l'Église, n'a jamais réclamé » contre ces décrets; au contraire, on s'y est soumis » comme on a toujours fait aux choses résolues par la » tradition, par les Conciles, même généraux, et par les » décrétales des Papes, acceptées et autorisées du consen» tement unanime de toute la tradition. » Ergo, etc.

559. Argumentum V^{um}. *Ex theologis.* — Juxta doctrinam communiter receptam, quam post Melchiorem Canum exposuit Bossuet, « concordi omnium theologo» rum scholæ de fide et moribus sententiæ contradicere, » si hæresis non est, at hæresi proximum est » : scilicet quando agitur de communi scholæ opinione in re gravi, huic refragari ordinariè temerarium est; si verò agatur non de opinione, sed de decreto firmoque judicio scholæ, ut loquuntur iidem auctores, id est, de eo quod tanquam aliquid vel de fide, vel saltem certò et inconcussè ab omnibus credendum firmiter proponunt, et quando simul inter se consentiunt omnes, tum in ipsa veritate, tum in ejus certitudinis gradu proponendis, longè major adhuc est eorum auctoritas, sive quia impossibile est ut tot viros doctissimos et simul ad sibi invicem contradicendum valde proclives aliud in concordiam adduxerit quàm vis veritatis, sive præsertim quia sunt testes irrefragabiles traditionis et doctrinæ in Ecclesia suo tempore receptæ. Porrò eo modo propositionem nostram docent theologi. 1° Hic agitur, non de mera opinione, sed de *scholæ decreto.* Si enim expendantur theologorum assertiones, manifestum erit eos proponere suam doctrinam tanquam ad catholicum dogma pertinentem, aut fidei proximam : sexaginta ferè auctorum testimonia collegit Ballerini, quibus multò plura addi possent, adeò ut nullum ea de re dubium superesse posse videatur. Addi potest multos ex iis theologis qui scripserunt post evulgata systemata Mo-

linæi et aliorum usuræ tantùm moderatæ et erga divites patronorum, ea nihilominus tanquam a fide aliena reprobare; si qui autem non ita explicitè mentem suam aperiunt, eodém sensu sunt intelligendi, quandoquidem loquuntur pariter modo prorsus generali et absoluto. 2° Adest *consensus* theologorum *unanimis*. Illud fatentur communiter ipsimet adversarii, qui ideo plerique scholasticos tam vehementer insectantur, ut agnoscat La Luzerne, eos ultra metam progressos fuisse. Sufficiat proferre hujus testimonium : « Il est certain que depuis le » treizième siècle on a regardé tout intérêt perçu en vertu » du *mutuum* comme usure; que l'unanimité des théolo- » giens l'a condamné absolument, sans distinction d'u- » sure oppressive ou non oppressive; que le nombre des » docteurs catholiques qui ont voulu faire cette distinc- » tion est trop peu considérable pour rompre l'unani- » mité. » Ergo ex consensu theologorum, etc.

§. 3. *De prohibitione usuræ ex jure naturali.*

560. Quamvis prorsus sufficiat dispositio juris divini circa usuram, operæ tamen pretium erit investigare quid de ea sentiendum sit attento jure naturali; utrùm nempe prohibitio quam hactenus asseruimus habenda sit ut manifestatio et confirmatio legis naturalis, an verò ut voluntatis Dei liberæ et merè positivæ simplex significatio. Ut autem illud accuratè præstemus, duo prænotabimus.

1° Etiamsi usura non esset legi naturali essentialiter opposita, Deus potuisset eam absolutè prohibere. Multa sunt scilicet æquitati naturali minùs quidem consentanea, quæ tamen in omni prorsus casu omnino lege naturali prohiberi non ita constat, et quæ Deum absolutè nihilominus prohibuisse certum est : porrò usuram dici posse unum ex istis facilè ostendi potest. Vix enim ullus est qui non agnoscat hanc esse saltem periculosissimam, facilè fieri oppressivam, et multa nocumenta afferre tum bono spirituali animarum, tum ipsi societati.

2° De jure naturali in rebus moralibus duplici viâ agere possumus : vel ex revelatione seu auctoritate Ecclesiæ,

quatenus revelatum vel auctoritate Ecclesiæ definitum sit aliquid esse jure naturali præceptum vel prohibitum, vel ex solo rationis lumine. Porrò priorem methodum in præsenti quæstione longè anteponendam esse nemo verè catholicus inficiari potest. Nam ex una parte, constat etiam circa præcepta naturalia Ecclesiam nobis datam esse ducem ac magistram ; ex altera, nemo nescit rationem esse adeò in rebus moralibus ignorantiæ tenebris involutam, et majoribus adhuc cupiditatum præjudiciis impeditam, ut qui eam solam ducem sequi velit prolabatur quasi necessariò in nefandissimos errores. Et revera cur non pauci theologi docuerunt propositiones in materia morum adeò laxas et deinceps ab Ecclesia proscriptas, nisi propter *summam luxuriantium ingeniorum licentiam, per quam modus opinandi irrepsit omnino alienus ab evangelica simplicitate sanctorumque Patrum doctrinâ*, ut loquitur ALEXANDER VII in decreto 24 sept. 1665; uno verbo, quia propriis ratiocinationibus potiùs quàm traditioni confidere maluerunt?

561. His præmissis, *usuram adversari juri naturali* ostenditur tum auctoritate, tum ratione.

Prob. I. *Ex auctoritate,* et quidem multiplici. 1° Scripturæ sacræ mens est, ut vidimus, reprobare usuram tanquam in se malam : ideo fuit lex antiqua per Christum confirmata. 2° SS. Patres varias rationes afferunt quæ idem indicant. 3° E SS. Pontificibus citare sufficiat GREGORIUM XIII, qui id expressè asserit in responso ad Ducem Bavariæ, de quo loquemur ubi de *Titulo legis* (n° 599); et BENEDICTUM XIV in *Encycl.* 4° Hæc est concors theologorum sententia, teste BENEDICTO XIV, cujus verba retulimus (n° 547). 5° Nec dissentiebant olim apud nos celebriores jurisperiti, e quibus citare satis sit DOMAT, POTHIER, D'AGUESSEAU. Nemo non videt quanti ponderis esse debeant variæ illæ auctoritates.

II. *Ex ratione.* Tria principia statuunt aut præsupponunt theologi.—I^um^. *In mutuo consumptionis verè transfertur dominium rei mutuatæ.* Constat ex dictis (n° 516). Contradicunt quidam recentiores, asserentes objectum mu-

tui, quando agitur de pecunia, esse valorem, cujus dominium remanet penès mutuantem. Verùm illud dici nequit. Nam vel ille valor consideratur quatenus speciei physicæ inhæret; et tunc ad mutuatarium transit quemadmodum et ipsa species, siquidem speciem alienando vel consumendo profectò valorem illum alienat vel consumit : vel consideratur independenter a specie physica, seu abstractivè tantùm, et tunc, nisi subvertantur omnes dominii notiones, dici non potest illius valoris dominium remanere apud mutuantem, cùm valor in abstracto non sit capax dominii, quod necessariò exigit aliquid realiter existens et determinatum. Mutuans servat tantùm jus ad rem, nempe jus ad illum valorem, quod cum dominio confundi nequit, ut diximus in Tr. *de Justitia* (n° 6).— II^{um}. *In rebus primo usu consumptibilibus*, qualis est pecunia, *usus non potest separari a dominio*, neque dominium æstimari potest separatim ab usu. Hic agitur de usu qui dicitur *juris*, id est, de usu independenti et irrevocabili, qualis competit mutuatario. Porrò hunc a dominio non posse separari *ibidem* (n° 36) ostendimus ex notione utriusque; et satis constat ex eo quòd rerum hujusmodi usus eas prorsus consumat, sicque tollat dominium, quod proinde necessariò competere debet utenti. Ex altera parte, satis evidens est totum pretium hujusmodi rerum desumi ab usu; quis enim alicujus pretii dominium æstimaret, si nullam facultatem utendi haberet? Nec dicatur cum MASTROFINI pecuniam non esse primo usu consumptibilem, quia substituitur tantùm mercibus quæ cum illa acquiruntur et quæ illi pariter substituuntur, substitutio autem non est consumptio. Nam verum semper remanet pecuniæ usum unico actu exhauriri; qui enim semel eà usus est jam ampliùs usum ejus non habet: unde non consumitur quidem in se seu physicè, sed consumitur quoad utentem, seu, ut loquuntur jurisperiti, *utenti perit*.—III^{um}. *Pecunia habenda est ut aliquid sterile*, etiam moraliter, seu in eo sensu quòd lucrum mediante pecunià perceptum reponendum sit inter fructus merè industriales. Undè enim oritur? Mutuatarius pecuniam suam distrahit, merces, v. g., comparando; nondum ditior evasit, cùm

non receperit nisi æquivalens illius quod ipse tradidit : postea easdem vendit majori pretio ; inde lucrum ; sed illud tribui debet ipsius industriæ, vel faustis circumstantiis, non verò pecuniæ jam longè antea distractæ. Igitur pecunia est quidem veluti instrumentum quo lucrum comparatur, indeque suam æstimationem recipit ; sed non potest haberi ut illius causa : unde facilè percipitur diverso prorsus modo lucrum exinde percipi ac fructus, v. g., percipiuntur ex agro.

His principiis positis, sic argumentantur theologi. Injustum est lucrum ex mutuo consumptionis perceptum, si mutuum nullum includat titulum vi cujus amplius percipiatur quàm datum est : atqui revera nullum titulum includit mutuum consumptionis. Tria enim possunt attendi : ipsa res mutuata, mutuans, et mutuatarius : atqui nullâ ex parte adest titulus. — 1° *Non ex parte rei mutuatæ*. Ut enim æqualitati satisfiat, sufficit ut reddatur eadem quantitas quæ accepta fuit. — 2° *Non ex parte mutuantis*. Supponitur enim nec lucrum cessans adesse, nec damnum emergens, nec periculum probabile : atqui his seclusis, nullus mutuanti titulus remanet. Si quis enim superesset, sanè absentia rei mutuatæ seu pecuniæ, vel, aliis verbis, privatio juris re suâ utendi per tempus mutui : atqui ille titulus non sufficit. Cùm enim agatur de re primo usu consumptibili, seu circa quam facultas utendi exhauritur per unum actum, ad id reducitur privatio mutuantis ut re non utatur nisi post elapsum terminum mutui, dum sinè mutuo eâ uti potuisset antea. Porrò talis facultas in eo qui supponitur vel eâ usurus non fuisse, vel nullum damnum pati ex eo quòd eâ usus non fuerit, non est pretio æstimabilis : per restitutionem reponetur in eodem statu ac si mutuum factum non fuisset.— 3° *Non ex parte mutuatarii*. De tribus enim potest moveri quæstio : illi præstatur beneficium, quod supponi potest indebitum ; illi conceditur usus pecuniæ ; exinde utilitatem et lucrum sæpe percipit. Porrò nullâ ex his rationibus fundari potest titulus lucrum percipiendi. 1. Non eo quòd præstetur *beneficium indebitum*. Quando enim in beneficio præstando nec labor, nec periculum reperitur,

non potest pro eo lucrum exigi. Quæ sunt aliis utilia, nec nobis molesta, gratis præstanda esse dictat humanitatis sensus, ipsis ethnicis perspectus : et quemadmodum ille qui vendit panem alicui fame laboranti, vel instrumentum opifici quo victum, imò fortè magnum lucrum sibi comparabit, præstat profectò maximum beneficium, nec tamen potest vendere ultra pretium commune, seu aliquid pro tali beneficio exigere; ita nec mutuans potest exigere plus quàm dedit. Et revera fieri potest ut non minus præstetur beneficium, licèt mutuatarius re hic et nunc egens possit rem similem postridie, aut post aliquot dies restituere : numquid in eo casu idem pretium exigere poterit mutuans? Imò si auctarium deberetur ratione beneficii, quo in majori necessitate versaretur mutuatarius, eo majus exigi posset auctarium, cùm eo majus sit tunc beneficium : ita saltem quotiescumque non obstaret lex charitatis; fieri autem potest ut non obstet, si nempe mutuatarius non versetur nisi in necessitate transitoria. Quis tamen ferat exigi tunc, v. g., centum pro centum? Ergo, etc. 2. Non propter concessum *usum pecuniæ*. Nam ille usus non potest æstimari seorsim a dominio, cùm non possit, ex dictis, sejungi a dominio, et dominium non æstimetur nisi propter usum. Ergo dicendum est in restitutione sortis includi solutionem ipsius usûs. Hinc intelligitur discrimen inter commodatum et mutuum, et cur commodatum verti possit in locationem, mutuum verò verti non possit, non solùm in locationem strictè dictam, sed nec etiam in contractum æquivalentem. Quando agitur de re frugifera, v. g., de agro, facilè concipitur dominum, si alteri concedat hujus usum per aliquod tempus, posse aliquid exigere pro fructibus : quia *Res domino fructificat*, et aliud est pretium rei, aliud pretium fructuum qui seorsim æstimari possunt et debent. Pariter si agatur de re usûs successivi et non inexhausti, v. g., de equo, domo, etc., concipitur pro illo usu deberi pretium : res remanet sub dominio tradentis, et usus habet pretium ab ipsius rei pretio distinctùm, et quod domino debetur. Insuper res hujusmodi, cùm per usum successivum consumatur, minùs diuturni usûs capax erit quando

restituetur, nec proinde aderit æqualitas si restituatur sine ullo pretio. At verò quando agitur de re primo usu consumendâ seu destruendâ, v. g., de pane, vino, pecuniâ, etc., idem dici nequit : cùm res hujusmodi non usum frugiferum aut successivum habeant, sed potiùs destructivum et merè transitorium, quando res similis restituetur, perfecta aderit æqualitas : non minùs enim apta erit ad usum proprium absque ulla imminutione, quàm res quæ mutuata fuerat : ac proinde si aliquid ultrà exigeretur, jam non solùm æquivalens, sed aliquid ampliùs obtineretur. 3. Non propter *utilitatem vel lucrum* quod percipit mutuatarius. Vel enim intelligitur utilitas quam habet res mutuata in se et quoad omnes, vel utilitas peculiaris respectu mutuatarii. Si prius, cùm pretium rei exinde desumatur, cùm speciatim ubi agitur de pecunia præcipua illius æstimatio repetenda sit ex eo quòd variis usibus utilissimè impendi possit, illa utilitas non potest æstimari seorsim ab ipsa re, ac proinde æqualitati satisfit per restitutionem sortis. Si posterius, certissimum videtur exinde non posse lucrum percipi : pretia rerum non sunt æstimanda ex utilitate peculiari quam ex iis percipere potest qui eas sibi comparat; et certè ab omnibus haberetur ut injustus qui cariùs venderet, v. g., instrumentum opifici quia exinde maximum lucrum obtinebit. Insuper mutuans nullum jus habet ad lucrum quod percipere potest mutuatarius ex re quæ per mutuum sibi propria facta est. Ergo, etc.

Confirmatur tota illa argumentatio. Si fur pecuniam alienam surripuerit, sive ex illa lucratus sit, sive non, non obligatur nisi ad restituendam summam ablatam, et ad compensanda damna quæ passus est dominus, non autem ad restituendos aliquos fructus, seu aliquod lucrum : hanc regulam tradunt quotquot de jure naturali scripserunt, etiam inter adversarios ; hanc omnes theologi et jurisperiti, apud quos receptum est hoc axioma : *Nummus ex nummo furtivo non est furtivus.* Porrò exinde constat nihil deberi pro usu rei mutuatæ, et pro utilitate exinde percepta : sanè enim non debet melior esse conditio furis quàm mutuatarii, ac proinde si hi tituli quoad mutuata-

rium valerent, admittendi essent etiam quoad furem, quemadmodum admitterentur si ageretur de re frugifera seu non fungibili. Ergo, etc.

562. His theologorum argumentis varia opposuerunt plures auctores protestantes, non pauci jurisperiti præsertim recentiores, et quidam theologi catholici.

Obj. 1° *Ex natura mutui.* Mutuans confert mutuatario *jus in re,* seu dominium cum plena facultate utendi : ipse verò retinet tantùm seu acquirit *jus ad rem*, sejunctum a facultate interim utendi. Porrò dominium conjunctum cum facultate statim utendi pluris valet quàm jus ad rem nonnisi post certum tempus recipiendam ; ex axiomate enim juris, *Minus solvit qui tardiùs solvit*, et ita apprehendunt omnes. — 2° *Ex comparatione mutui cum aliis contractibus.* Non pauci casus afferri possunt in quibus contractus mutui onerosi seu cum auctario multò utilior erit mutuatario quàm alii contractus quos theologi licitos admittunt : ergo dici non potest mutuantem illum ineundo inferre injuriam seu damnum mutuatario.— 3° Demum *ex comparatione mutui cum censu.* In censu consignativo quem licitum esse jam omnes agnoscunt, censualista qui dat pecuniæ summam acquirit jus recipiendi amplius quàm dedit, nempe pensiones annuas sibi successivè solvendas. Illud per se patet in censu perpetuo : sed idem locum habere potest etiam in censu temporaneo; a fortiori quando censuarius redimit censum, prout lex ipsi permittit, refundendo totum pretium, nec deductis pensionibus interim persolutis. Porrò cur idem non liceret in mutuo ? Si naturam ipsam rerum inspiciamus, manifestum erit totam mutui naturam reperiri in censu, adeò ut census non sit nisi species cujus genus est mutuum. Ex utraque parte militat eadem ratio, nempe quòd pecunia præsens pluris æstimetur quàm pecunia nonnisi post certum tempus recipienda, sive unâ vice simul, sive successivè per partes recipienda sit. Ergo, etc.

Talia sunt præcipua argumenta quibus impugnatur doctrina communis de prohibitione usuræ ex jure naturali. Hæc possunt plus minùsve evolvi, cum majori minorive

subtilitate proponi : sed quâcumque arte proponantur, eadem semper remanent quoad substantiam. Porrò ea non ignorârunt theologi, nec sine responsione reliquerunt, aut saltem principia posuerunt quibus refelli possunt, ut colligi potest ex iis quæ jam attulimus : quibus hic nonnulla addere satis erit. — Ad I. Observamus non solùm huic difficultati respondisse theologos, sed et ipsam Sedem Apostolicam. Ad istud enim optimo jure reduci potest hæc difficultas : « Cùm numerata pecunia pretiosior sit numerandâ, et nullus sit qui non majoris faciat pecuniam » præsentem quàm futuram, potest creditor aliquid ultra » sortem a mutuatario exigere, et eo titulo ab usura excusari. » Porrò hæc est propositio LI damnata ab INNOCENTIO XI, 2 mart. 1679. — Ad II. Monent theologi, de contractuum justitia non esse judicandum præcisè ex effectibus, sed ex eorum elementis seu ex titulis quibus innituntur contrahentium jura aut obligationes, quæ possunt esse diversa licèt primo intuitu prorsus similia appareant. Cæterùm dicere sufficiat uno verbo, contractus qui afferri possunt, si in rei veritate non differant a mutuo usurario, iisdem subjici difficultatibus; si verò differant, jam non posse ex iis ullum argumentum educi. — Ad III. Ex iis quæ diximus cap. XI, satis intelligitur theologos assiduè et accuratè investigavisse an et quatenus mutuum a censu differat. Discrimen in eo est quòd in censu sors in perpetuum alienetur, non in mutuo, ut diximus (nº 524) : unde censualista acquirit tantùm jus ad pensiones annuas, et tradit pretium quod æquivalet illi juri, prout etiam exposuimus (nis 526, 527) : quibus addi potest, attentis rebus humanis ut sunt, valorem earum pensionum lapsu temporum minuendum fore, quia successivè crescit valor bonorum immobilium, decrescit verò valor pecuniæ; unde fit ut pejor sit ex ea parte conditio censualistæ, nec proinde mirum sit eum dare pretium quod materialiter non adæquet pensiones percipiendas. Sed censualista non servat jus ad ipsum capitale, nisi in iisdem casibus in quibus resolveretur contractus venditionis : et quantocumque tem-

pore pensiones percipiat, nunquam dici poterit cum recepisse capitale, nunquam reponetur in statu in quo erat antequam illud traderet censuario. Igitur censualista differt a mutuante, qui independenter ab auctario servat jus ad suum capitale. Quoad censum temporaneum, si esset longissimi temporis, v. g., pro centum annis, pro ducentis, idem diceretur ac de censu perpetuo. Sed posito quòd sit brevioris temporis, videndum erit an, attentis intentione contrahentium, justitiâ pretii, et variis circumstantiis, prout diximus (n° 527), censualista dici debeat recipere meras pensiones annuas, an recipere suum capitale : in priori casu, pronuntiabitur adesse censum; in posteriori, erit merum mutuum, et applicabuntur regulæ mutui. Effectus materialis poterit esse idem; sed, ut ait Billuart, moralia moraliter æstimanda sunt.

Hæc in præsenti sufficiant. Non contendimus ex iis evanescere omnem difficultatem; agnoscimus enim cum multis theologis intricatam remanere quæstionem sub respectu quo eam nunc expendimus, et ideo magis ac magis persuasum habemus longè satius et tutius esse eam ex auctoritate solvere. Sed hæc sufficere putamus ut judicium ferri possit de prætensa illa evidentia quam opinioni suæ affulgere jactitant non pauci usuræ patroni. Qui enim attenderit nihil novi proponi a recentioribus jurisperitis et theologis, sed eadem quoad substantiam instaurari argumenta, quibus ab ætate S. Thomæ ad nostra usque tempora perstrepuerunt scholæ theologicæ, quæque etiam extra eas scholas in discussionem vocarunt tot et tam præclari scriptores; qui simul perspectum habuerit communissimam nihilominus remansisse opinionem quæ docet usuram juri naturali repugnare, ille, ni fallimur, vix abstinebit a pronuntiando non minùs præsumptuosum quàm temerarium esse eum qui hanc opinionem suggillat velut absurdam, et in contrarium manifestam sibi occurrere evidentiam fidenter asseverat.

563. Corollarium. — *An et quatenus liceat mutuum sub usura postulare aut sumere?*

Respondent communiter theologi post S. Thomam, id *licitum esse quando adest sufficiens causa seu necessitas ; secus verò, illicitum esse.*

Prob. 1ª *pars.* Ut alibi explicatur, non licet sine causa alteri præbere occasionem et materiam peccandi : et quidem, cùm hic agatur de peccato gravi, ex communi doctorum sententia est graviter illicitum.

Prob. 2ª *pars.* Non peccat qui cum ratione sufficienti postulat ab alio id quod sine peccato præstare potest, licèt prævideatur non ita præstiturus : illud enim non est consentire ejus peccato, sed, ut ait S. Thomas, uti ejus peccato, quod non est illicitum.

Tota ergo difficultas est in assignando quænam causa debeat haberi ut sufficiens. Dicendum cum S. Liguori, et pluribus aliis, ad excusandum grave peccatum gravem requiri causam. Addemus cum D. Bouvier, fieri posse ut causa non sufficiat ad excusandum ab omni peccato, et tamen excuset a gravi peccato. Unde id judicandum ex circumstantiis ad arbitrium viri prudentis.

Art. 3. *Quousque extendatur prohibitio usuræ.*

564. Ut intelligatur quousque extendatur prohibitio de qua hactenus locuti sumus modo tantùm generali, agemus : 1° de usura mentali ; 2° de titulis ex quibus aliquid supra sortem exigi potest in mutuo ; 3° de variis contractibus in quibus percipitur auctarium supra sortem ; 4° demum expendemus an prohibitio attingat etiam auctarium lege civili permissum.

§ 1. *De Usura mentali.*

565. Exstat decisio Urbani III, jam allata (n° 558), ex qua intelligitur dari usuram quæ percipitur, *omni conventione cessante*, et quæ tamen inducit obligationem restituendi. In quo præcisè consistat exponendum est.

Juxta communiorem et veram sententiam, tunc adest usura mentalis, quando lucrum recipitur aut datur tanquam debitum vi mutui. Unde potest triplici modo se

habere. 1° *Ex parte utriusque*, si unus det tanquam debitum vi mutui, et alter eodem titulo recipiat; quin tamen adsit conventio sive explicita sive implicita, quia tunc adesset usura realis : in eo casu nullus adest titulus auctarii extrinsecus mutuo, saltem in mente contrahentium, ac proinde lucrum verè percipitur vi mutui. 2° *Ex parte mutuatarii* tantùm, si det lucrum tanquam debitum vi mutui, et alter illud acceptet tanquam ex liberalitate vel alio titulo datum : tunc non adest donatio, cùm desit animus donandi, nec uterque consensus feratur in eumdem contractum; unde non remanet nisi titulus mutui. 3° *Ex parte mutuantis* tantùm, si accipiat lucrum tanquam debitum vi mutui, dum alter liberaliter donare intendit : propter eamdem rationem non adest contractus donationis, ac proinde non remanet nisi titulus mutui, donec mutuans, cognitâ voluntate mutuatarii, acceptet donationem, et sic contractus perfectus evadat per duplicem consensum successivè datum, juxta principia exposita in parte prima.

§ 2. *De titulis ex quibus aliquid in mutuo exigi potest supra sortem.*

566. Antequam de his titulis sigillatim disseramus, quædam prænotanda sunt.

I. Magnâ hic cautione et prudentiâ opus est, ut mediâ inter nimium rigorem et laxitatem incedatur viâ. Quâ de re in memoriam revocentur ea quæ sapienter monet BENEDICTUS XIV, in *Encycl.*, § 8 (p. 407).

II. Principii loco ponendum est cum BOSSUET, legem Dei quam huc usque adstruimus non posse esse vanam, nec in meris verbis sitam esse : nihil enim excogitari posset a sapientia Dei et doctrina Ecclesiæ magis alienum. Huc etiam refertur quod ait BENEDICTUS XIV, § 10 (p. 408); ubi notari merentur hæc verba, *Hoc tempore* : fieri enim potest ut uno tempore longè plures occurrant modi fructum ex pecunia comparandi, seu plures tituli quàm in alio, cùm id pendeat ex statu regnorum et multis circumstantiis omnino variabilibus.

Hinc 1°, ut verbis Bossuet utamur, « Il faut avant toutes choses bien entendre ce que Dieu défend, et comment sa sainte loi a été entendue par les saints Pères : car c'est la règle de la foi. Cela étant bien entendu, il faut dire que tout ce qui dans le fond fera tout l'effet de la chose que Dieu défend sera également défendu, de quelque nom qu'on le nomme; parce que le dessein de Dieu n'est pas de défendre ou des mots, ou des tours d'esprit et de vaines subtilités, mais le fond des choses. » Illudque attendendum, non solùm quando agitur de variis titulis, sed etiam de contractibus qui quamdam habent similitudinem cum mutuo, et de quibus in § seq.

Hinc 2°, ut addit Bossuet, « Toutes les fois que nous trouverons qu'en permettant un certain profit de l'argent, la loi de Dieu sera éludée et ne subsistera plus qu'en paroles, nous devons tenir ce profit comme enfermé dans la défense divine. Je ne crois pas qu'il y ait rien de plus ferme ni de plus inébranlable que cette règle. »

Hinc 3° quidquid est mutuo intrinsecum et in quolibet mutuo reperitur non potest esse titulus ad aliquid exigendum supra sortem; alioquin lex divina nunquam suam haberet applicationem, ut patet. Igitur quoad varios titulos de quibus moveri potest quæstio, primùm expendendum est an sint mutuo extrinseci, et deinde expendetur an sint pretio æstimabiles.

Hinc 4° rejiciendi absque dubio quidam tituli a theologis quibusdam excogitati, quique usuram redderent impossibilem. Tales sunt labor in numeranda pecunia, nisi sit omnino extraordinarius; absentia pecuniæ, de quo exstat propositio damnata ab Innocentio XI et jam relata : *Cùm numerata pecunia* (n° 562); stipulatio mutuo adjecta, nisi fortè in casu moræ, in quo dicitur pœna conventionalis, de qua infrà (n° 577); obligatio sortem non repetendi ante certum tempus, si purè et simpliciter intelligatur (vid. n° 573), de quo etiam exstat propositio XLII ab Alexandro VII damnata : « Licitum est mutuanti aliquid ultra sortem exigere, si se obliget ad non repetendam sortem usque ad certum tempus. »

Sed sunt alii tituli, qui vulgò admittuntur a theologis; sunt de quibus graves moventur controversiæ : de singulis seorsim agemus, nempe 1° de damno emergente; 2° de lucro cessante; 3° de destinatione lucrativa; 4° de periculo sortis; 5° de donatione gratuita; 6° de obligatione non repetendi sortem ante certum tempus; 7° de solutionis dilatione vel anticipatione; 8° de pœna conventionali.

567. I° DE DAMNO EMERGENTE.

Per damnum emergens intelligitur jactura quam patitur mutuans in rebus suis acquisitis; v. g., si defectu pecuniæ quam mutuo dedit non possit reparare domum quæ ruinæ exponitur, cogatur merces vendere vili pretio, etc.

Certum est hunc esse *titulum justum*. Nisi enim compensaretur illud damnum, jam non servaretur æqualitas; nec debet beneficium esse auctori damnosum. Et ita jam omnes admittunt. Olim quidem non admittebatur per legem civilem, ob periculum usuræ, difficultatem accuratæ æstimationis, præsumptionem quòd non mutuet qui damnum timet : sed in conscientia nulla a theologis movebatur difficultas.

Ad hoc tamen variæ requiruntur *conditiones*. — Iª est, ut mutuum sit verè *causa damni* : alioquin mutuatarius non teneretur illud compensare. Hinc si mutuans alias pecunias habeat aut faciliter habere possit quibus damnum impediat, jus non habet ad compensationem. Ita auctores, qui tamen communiter excipiunt casum quo illæ aliæ pecuniæ essent destinatæ ad quemdam usum moraliter necessarium, v. g., ad dotandam filiam, præcavendum casus insolitos, etc. — IIª, ut servetur *æqualitas* inter damnum et compensationem. Duplici modo fieri potest conventio : vel paciscendo damnum, si contingat, totum fore compensandum; vel in antecessum determinando compensationem, factâ æstimatione periculi juxta judicium prudentûm. Prior conventio est sanè licita, modò moneatur mutuatarius, ita ut cognoscat verè cui periculo se exponat. Iste modus est minùs usuræ capax. Posterior etiam est justus; modò habeatur ratio probabilitatis : est veluti con-

tractus aleatorius. Advertunt auctores mutuatarium, si velit contrahere priori modo, non posse cogi ad contrahendum altero, quia ex natura rei ad priorem tantùm tenetur, nec debetur novum onus ei imponi. Si tamen mutuans secundum modum non requireret nisi ad præcavendas lites et difficultates, non esset culpandus : sed sæpe inde colligetur eum aliquid aliud quærere quàm indemnitatem. Quid autem, si adsit taxatio legalis, jam vidimus (nº 180 et seq.) — IIIª, ut *mutuatarius moneatur* de damno compensando. Ita communiter contra paucos, ait Billuart. Contractus mutui est ex naturâ sua gratuitus ; ergo mutuans censetur gratis dare, nisi stipuletur auctarium. Insuper mutuatarius præmonitus forsan mutuum non acciperet, sed ad alium recurreret. — Sed requiriturne ut mutuatarius moneatur præcisè *de titulo*, an verò solummodo de auctario? Alii id requirunt, inter quos S. Liguori, quia alioquin mutuatarius consentit quasi in usuram ; eo magis quòd ex communiter contingentibus potiùs præsumere debeat lucrum exigi vi mutui quàm vi tituli. Alii, inter quos de Lugo, id non requirunt, quia cùm mutuatarius fuerit præmonitus, non videtur posse conqueri : debuit consentire quasi in compensationem, quia cùm nemo præsumatur malus, supponere debuit adesse titulum ; eo magis quòd inter unum mutuantem usurarium et alterum non usurarium debuit, ne peccato cooperaretur, hunc eligere. Hæc secunda sententia videtur probabilior, quamvis magis tutum sit, ut notat ipse de Lugo, præmonere de vero titulo, tum ad vitandum scandalum, tum ad magis assecurandum debitum, quod faciliùs solvetur, si non reputetur usurarium. Sed observandum est auctores illius opinionis supponere mutuantem cognoscere suum titulum : si ignoret, tunc est casus diversus, de quo postea (nº 609).

568. IIº De Lucro cessante.

Per lucrum cessans intelligitur lucrum speratum quo quis se privat eò quòd alteri mutuet pecunias quibuscum volebat et verisimiliter sperabat tale lucrum consequi. Intelligitur autem solum lucrum legitimum, et supponitur voluntas simul et potestas illud consequendi.

Hunc esse *titulum legitimum* constat : 1° ex jure canonico, CAP. *In civitate*, VI, *de Usuris*, V, XIX; et ex decisionibus SS. Pontificum circa Montes pietatis, de quibus mox (n° 569); 2° ex consensu omnium theologorum qui hunc titulum nunc admittunt; 3° ex ratione : si res attentè inspiciatur, manifestum erit lucrum cessans includi in damno emergente; qui enim spe certâ aut verisimili et fundatâ bonum aliquod proximè habendi privatur, eo ipso verum patitur damnum.

Requiruntur autem plures *conditiones;* eædem nempe quæ pro damno emergente : quibus hæc addere juvat.

1° Requiritur ut lucrum sit vel *moraliter certum*, vel saltem *probabile*. Non sufficeret mera possibilitas, quia meræ possibilitatis ratio non habetur in rebus humanis. Insuper hæc esset aliquid mutuo intrinsecum. Ut autem lucrum sit probabile, requiritur lucri legitimi potestas seu occasio, et voluntas : uno deficiente, deficit titulus. Qualis verò voluntas requiratur, mox expendemus ubi *de Destinatione lucrativa*. — 2° Quoad *æqualitatem*, facilè intelligitur non semper occurrere medium dignoscendi quisnam futurus fuisset eventus, si mutuans non renuntiasset negotio quod intendebat, et non rarò locum dari posse multis difficultatibus et ambagibus : unde plerumque satius est ut ab initio determinetur pretium certum pro spe lucri futuri. Sed quocumque tempore fiat determinatio, sciendum est an fieri debeat deductio ratione laboris quem mutuans adhibere debuisset ad obtinendum lucrum? Theologi satis communiter distinguunt, cum DE LUGO. Vel labor talis est, ut mutuans eum aliquo pretio redimere vellet, vel non. In priori casu, deducendus est; alioquin mutuans lucrum perciperet, nempe illam laboris cessationem. In posteriori casu, non est deducendus. Hinc si agatur de negotiatore, ordinariè labor non est deducendus : sæpiùs verò deducendus, si de alio. — 3° Requiritur ut compensatio *statim non exigatur*, sed tantùm tempore quo lucrum cessabit, vel quando reddetur summa mutuata, seu successivè pro singulis annis jam elapsis. Ratio est, quia si statim solvatur, jam non totum mutuo traditur : v. g., mutuo 100;

si statim recipiam 5, reipsa non mutuo nisi 95, et nihilominus compensationem exigo pro 100.

569. III° DE DESTINATIONE LUCRATIVA.

Destinatio lucrativa tunc adesse dicitur, quando aliquis vult non relinquere pecuniam otiosam, et simul habet, vel certò aut saltem probabiliter sperat se habiturum occasionem lucrandi. Quæstio est an, si ex se ipso sponte huic renuntiet ut pecuniam suam mutuet, possit aliquid exigere proportione habitâ lucri sperati?

Porrò certum est mutuantem, si ita agat intuitu mutuatarii, ex motivo charitatis, posse lucrum exigere. 1. Ita expressè definierunt plures SS. Pontifices quoad eos qui mutuum præstabant Montibus pietatis. 2. Illud ratio satis indicat. Nam æquissimum est ut mutuatarius compenset damnum quod ipsius gratiâ incurritur: atqui cessatio lucri in præsenti hypothesi verè ipsius causâ incurritur, ut patet.

Quæstio est igitur, an possit lucrum exigi, quando mutuans renuntiat occasioni fructuosæ, non intuitu mutuatarii et ex motivo charitatis, sed quia viam mutui judicat sibi magis commodam? — Duplex adest eà de re opinio.

Prima docet *posse lucrum exigi.* Ita LESSIUS, asserens tamen hanc opinionem non esse in praxi suadendam ob periculum palliandi usuras; NAVARRUS, et alii quos citat et sequitur DE LUGO : ita etiam recentioribus temporibus non pauci viri doctissimi. — *Prob.* 1. Verè existit titulus extrinsecus, quia hujusmodi occasio non necessariò et in omni mutuo reperitur; et pretio æstimabilis, quia spes lucri est aliquid pretio æstimabile. 2. Mutuum est verè causa cur lucrum cesset. Mutuans renuntiavit quidem occasioni, sed conditionatè tantùm; igitur qui mutuum acceptat, eo ipso fit causa cur lucrum cesset : si enim non acceptaret, lucrum obtineretur. 3. Debet illud lucrum cessans compensare mutuatarius, licèt non cesset præcisè intuitu illius, seu ex motivo charitatis erga ipsum; sufficit enim ut sit illius causa : pretium rei est determinandum in se ex natura sua, non verò ex intentione concedentis; in iis enim quæ ad justitiam spectant absentia

motivi charitatis nihil confert, cùm æqualitas aut inæqualitas sit ab eo motivo prorsus independens.

II[a] *Opinio* tenet *non posse compensationem exigi*, nisi mutuans renuntiet occasioni lucri intuitu mutuatarii, animo ipsi gratificandi, non verò ex intentione commodioris lucri. Ita communiùs docent theologi : inter alios Toletus, Sylvius, Cabassut, Billuart, Gerdil, Pothier, Labrunie, etc. — *Prob.* 1° Ex *decisionibus SS. Pontificum* circa Montes pietatis. Cùm mota esset quæstio, an posset Montium necessitatibus subveniri per acceptum mutuum, interrogati SS. Pontifices responderunt posse pecunias apud Montes collocari ab iis qui illas occasionibus fructuosis expositari, *zelo charitatis adducti ac pro pauperum subventione*, non fœnerandi animo, illis occasionibus renuntiarent : ita Paulus III, Julius III, et Pius IV. Porrò si creditum fuisset non requiri eam conditionem, non perpetuò fuisset allegata, nec aliud medium suppeditare omisissent SS. Pontifices ad consulendum necessitatibus illorum Montium, quibus providendi maximè studiosi erant. 2. Ex *ratione*. Eatenus teneretur mutuatarius lucrum compensare, quatenus esset vera causa cur cesset : atqui reipsa non est. Vera enim causa cessationis est motivum quo determinatur mutuans ad pecuniam subtrahendam negotiationi : atqui illud motivum suppeditat propria ipsius commoditas, non præcisè mutuatarius. Insuper æquum non videtur ut mutuatarius compenset damnum quod ipsius intuitu, in ipsius gratiam non subit mutuans.

Inter illas opiniones, quamvis prior suâ probabilitate non careat, secunda tamen anteponenda nobis videtur ut majori auctoritati nixa, et magis æquitati consentanea. Cæterùm etiam in ista sententia, ope voluntatis et facultatis quam habet mutuans pecuniam non relinquendi otiosam, potest facilè confessarius efficere ut qui mutuum tradidit sine titulo habeat titulum in posterum, curando nempe ut firmum efformet pecuniam retrahendi propositum, cui sæpe renuntiandum erit in gratiam mutuatarii, et sic ex tunc aderit titulus.

570. IV° De periculo sortis.

Quædam hic sunt prænotanda. — I. Si agatur de *periculo damni emergentis* seu *lucri cessantis*, quia nempe mutuans timet ne ob mutuum incurrat aliquod damnum, aut lucro alioquin obventuro privetur, vix ulla est difficultas : est titulus mutuo extrinsecus, et pretio æstimabilis, ut intelligitur ex dictis. Hinc si sors recuperanda non sit nisi cum laboribus et expensis, pro iis aliquid exigi potest.

II. Duplex distinguitur periculum sortis : *periculum juris*, quod locum habet quando mutuans in se suscipit periculum, ita ut sors sibi, et non mutuatario, pereat ; et *periculum facti*, quando mutuans timendum habet ne mutuatarius, licèt obligatus ad sortem restituendam, non illam restituat.

De *periculo juris* vix ulla adest etiam controversia. Quando mutuans illud in se suscipit, nil aliud agit quàm addere mutuo contractum assecurationis : porrò potest ipse pro ea assecuratione aliquid percipere, sicut quilibet alius qui sortem assecuraret. Sola difficultas est in declaratione Gregorii IX, cap. *Naviganti*, xix, *de Usuris*, v, xix : « Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans » pecuniæ quantitatem, pro eo quòd suscipit in se peri- » culum, recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est » censendus. » Hujus multiplex affertur interpretatio : quidquid sit, id certum remanet, ait *Collat. Ambianens.*, ab omnibus agnosci periculum juris esse justum titulum. Unde qui Decretalem nequeunt explicare, dicunt eam nullibi esse receptam. Cætcrùm ut aliquid percipi possit propter periculum juris, requiritur ut periculum quod in se suscipit mutuans sit verum et probabile; alioquin injustum esset ratione illius aliquid exigere.

III. Per *periculum facti* de quo agendum restat non intelligitur periculum *commune*, quale reperitur in quolibet mutuo ; non potest esse titulus : est enim mera possibilitas, quæ non cadit sub æstimatione; et aliunde compensatur per pericula a quibus interim liberatur mutuans. Agitur ergo de *periculo extraordinario*, quod desumitur

ex circumstantiis peculiaribus in quibus versatur mutuatarius, vel etiam ex aliis circumstantiis accidentalibus et ideo extraordinariis. Porrò non concordant theologi.

I[a] *Opinio* docet *esse titulum legitimum*. Ita LESSIUS, DE LUGO, SALMANTICENSES, DAELMAN, et alii multi quos citat et sequitur BILLUART, dicens eam nunc videri communiorem; S. LIGUORI, asserens esse satis communem; D. BOUVIER, VERNIER, *Theolog. Tolosan.*, et alii non pauci etiam inter theologos qui vulgò rigidiores dicuntur.

Prob. 1° *Ex auctoritate* SS. Pontificum. Duo exstant præsertim documenta. I[um] est Responsio S. Congregationis de Propaganda Fide pro Sinensibus, in qua legitur : « Si » (mutuantes) aliquid accipiant ratione periculi probabiliter » imminentis, prout in casu, non esse inquietandos, dum- » modò habeatur ratio qualitatis periculi et probabilitatis » ejusdem, ac servatâ proportione inter periculum et id » quod accipitur. » II[um] est Instructio missa jussu Benedicti XIV ad P. FELICEM, missionarium in Africa, in qua agnoscitur, *Ratione periculi cui mutuans sortem exponit, non provenientis ex natura negotiationis sed ex alia causa extrinseca accidentali, posse exigi lucrum tali periculo proportionatum.* 2° *Ex ratione.* Ille titulus est 1. mutuo extrinsecus : non enim oritur periculum ex mutuo in se spectato, sed ex qualitatibus seu statu mutuatarii, vel ex aliis circumstantiis accidentalibus. 2. Est pretio æstimabilis : quotidie enim pretio æstimantur pericula. Et verò in instanti contractûs debet adesse æqualitas : porrò non aderit, si nullum lucrum in pactum deducatur pro periculo; omnes enim agnoscunt obligationem periculo obnoxiam esse minoris pretii. Reipsa juxta omnes, si quidam tertius sortem assecuraret, posset pro ea assecuratione pretium exigere : quidni et ipse mutuans? Jus haberet profectò pignus seu fidejussorem exigendi : quòd autem tali juri renuntiet, est onus pretio æstimabile. Tandem ex dictis licet aliquid exigere pro periculo damni emergentis. Jam verò nulla afferri potest ratio cur non idem liceret pro periculo sortis : si enim sors amittatur, incurretur profectò damnum, ac proinde periculum sortis est verè periculum

damni. Hæc paritas ferè omnia adversariorum argumenta evertit, ut observat BILLUART.

IIa *Opinio hunc titulum rejicit.* Ita magis communiter antiqui, teste *Collat. Ambianens.;* inter recentiores non pauci, PIETTE, BALLERINI, GERDIL, et alii.

Prob. 1° *Ex auctoritate* SS. Patrum, quorum nonnulli de illo periculo loquentes, usuram tamen adesse pronuntiant. 2° *Ex ratione.* 1. Mutuans debet tantùm consulere suæ indemnitati, non lucrum quærere : atqui non consulit paciscendo de lucro supra sortem. Nam vel sortem amittet, vel non : si amittat, jam nec lucrum ipsum recipiet a fortiori; si sortem non amittat, jam opus non est indemnitate. 2. Quod est justus titulus in mutuatario debet esse a fortiori in fure : atqui titulus iste in fure non admittitur; licèt enim majus sit periculum pecuniæ furto sublatæ quàm mutuatæ, fur non cogitur aliquid restituere ratione periculi. 3. Eo titulo admisso, semper hodie licebit lucrum exigere. Semper enim existit grave periculum sortis amittendæ, aut nonnisi cum difficultate et multis expensis recuperandæ : quotidie enim illi qui ditiores habentur fortunæ detrimentum experiuntur; et qui omnino probi imò et religiosi existimabantur non raró omnium spem fallunt. Saltem quo magis pauper erit mutuatarius, eo majus lucrum exigi poterit, quia majus cum paupere incurritur periculum, ut patet. Atqui illud absurdum prorsus videtur. Ergo talis titulus non est admittendus.

571. Post exposita præcipua momenta quæ in utramque partem proferuntur, prior opinio nobis videtur anteponenda et magis principiis consentanea. SS. Patres qui in contrarium allegantur intelligi possunt de periculo communi et ordinario : volunt ostendere fœneratores qui mero lucro inhiant, justo Dei judicio sæpe sortem amittere. Quamvis autem argumenta quibus nititur opinio posterior sint satis gravis ponderis, sic solvi possunt. — Ad I. Mutuans consulit indemnitati, quatenus redimit periculum cui exponitur : si sors pereat, potest habere auctarium interim perceptum, et insuper compensatus censetur per spem quam habuit lucrandi; si sors non pereat, habet ratio-

nem percipiendi lucrum propter periculum quod subiit.

Ad II. 1. Adversarii, saltem plerique, qui admittunt aliquid exigi posse pro periculo damni, eamdem objectionem solvendam habent : nihil enim pro tali periculo exigitur a fure. Igitur, inquit Billuart, hoc argumentum quod magnificant adversarii, nullius est ponderis. 2. Inter furem et furatum nulla adfuit conventio. Porrò quamvis generatim conventio non faciat sed supponat titulum, ubi tamen agitur de periculo licet in pactum deducere quod absque pacto non debetur. Sic, inquit Zech, in locatione equi nihil exigi potest propter periculum, si conductor contra voluntatem domini in hostilem terram transierit, modò equus salvus redeat; potuisset tamen antea dominus de pretio hujus periculi pacisci : sic in multis aliis casibus; periculum non æstimatur post eventum, sed antea per pactum. Ratio a priori est, juxta plures, quòd in periculo malum reducitur ad damnum personale, seu anxietates, timores, etc. : porrò pro hujusmodi damno non debetur compensatio pecuniaria juxta multos theologos; et tamen pro illo voluntariè subeundo aliquid in pactum deduci potest. Ita de Lugo.

Ad III. 1. Etiamsi aliquo loco vel tempore semper occurreret titulus periculi, non ideo rejiciendus esset : cùm enim non ex ipsa mutui natura id oriretur, sed ex loco et tempore, esset nihilominus mutuo extrinsecus, nec ideo tolleretur prohibitio lucri pro aliis locis et temporibus. Revera in regno Siuarum videtur modo generali exstitisse ille titulus, nec ideo fuit rejectus. 2. Falsum est semper occurrere periculum. Quantumvis enim generalis sit depravatio, non desunt tamen viri omni fiduciâ digni. Aliunde removeri potest, et sæpe removetur periculum per hypothecam, pignus, aut fidejussorem. 3. Quod spectat ad mutuum factum pauperibus, quidam dicunt non posse lucrum exigi ratione periculi absque injustitia, quia periculum est intrinsecum huic mutuo, quatenus ordinatur ad sublevamen pauperum. Alii dicunt, et quidem meliùs, non adfuturum peccatum contra justitiam, quia adest æqualitas in contractu, sed tantùm contra charitatem, posito quòd tales

sint circumstantiæ ut incumbat præceptum se exponendi tali periculo : idem locum habet pro periculo damni emergentis aut lucri cessantis, ut observat BILLUART, et etiam in multis aliis contractibus, ut in assecuratione, fidejussione, etc.

Quoad praxim tamen duo sunt advertenda. — 1° Ut lucrum percipiatur ratione periculi, cavendum ut adsint conditiones quas requirunt hujus sententiæ patroni. 1ª est, ut periculum sit verum et in probabilibus conjecturis fundatum. 2ª, Ut mutuatarius non compellatur pro isto periculo pacisci, sed facultatem habeat, si velit, removendi periculum per aliud medium, v. g. pignus, hypothecam, etc. : alioquin mutuans satis ostenderet se non quærere tantùm indemnitatem. 3ª, Ut ratione istius periculi non plus exigatur quàm illud a prudentibus communiter æstimetur, vel secundùm taxationem legalem (vid. nº 181). 4ª, Ut auctarium non exigatur contra debitum charitatis vel eleemosynæ, cujus leges semper debent esse salvæ.

2º Non tam frequenter in praxi ex eo titulo possunt excusari mutuantes, ac primo intuitu videri posset. Nam 1. non semper reperiuntur omnes conditiones mox assignatæ. 2. Si excipiantur mutua egenis facta, quæ saltem ex charitate omnino gratuita esse debent, raró iis mutuum datur ex quorum parte timetur amissio sortis, præsertim si de iis mutuantibus agatur qui ipsi pecuniam suam offerunt : si timeant, pignus vel hypothecam aut fidejussorem exigunt; quo posito, nihil pro periculo exigere possunt. Ita *Collat. Ambianens.* Hinc etiam in *Instructione* ad P. FELICEM, de qua suprà, post admissum principium, additur, in praxi hunc titulum esse periculosissimum.

572. Vº. DE DONATIONE GRATUITA.

Nullum dubium esse potest quin donatio gratuita sit titulus legitimus aliquid percipiendi ultra sortem. Sed requiritur ut sit 1° *sincera :* alioquin esset mera fraus; 2° *libera*, juxta ea quæ diximus parte I (nº 27); 3° *acceptata* a mutuante ut vera donatio : alioquin esset irrita, et adesset usura mentalis, ex jam dictis (nº 565). Ut autem dignoscatur an adsit talis donatio, sequenda est eadem regula quam suppeditat circa simoniam ALEXANDER III,

CAP. *Etsi quæstiones*, XVIII, *de Simonia*, V, III : « In ac-
» cipiendis vel dandis muneribus tria sunt maximè at-
» tendenda, personæ scilicet dantis et accipientis qualitas,
» quantitas muneris, et donationis tempus. »

Hinc 1° si agatur de condonatione usurarum quæ jam sunt perceptæ, meritò observat *Collat. Ambianens.*, requiri ut fiat cum cognitione causæ, id est, ut sciat mutuatarius has usuras non fuisse debitas : si enim condonet ex errore, jam non adest voluntarium. Unde dicunt auctores, vulgò expedire ut usurarius offerat realiter summam quam debet restituere, ut meliùs intelligat mutuatarius hanc sibi deberi, et penès se ipsum esse hanc recipere, sicque condonatio, si fiat, magis certò appareat libera. Advertunt tamen id non esse semper rigorosè necessarium, quia aliis viis de condonationis libertate constare potest.

Hinc 2° si donatio fiat ne alterâ vice mutuans mutuum deneget, vel ne ipse mutuatarius ingratus appareat, fieri potest ut sit satis voluntaria ; motivum enim gratitudinis non impedit liberalitatem. Aliquando etiam est quædam veluti novatio : scilicet ex mutuo oritur naturaliter obligatio gratitudinis ; sunt autem personæ quæ satius existimant auctarium dare quàm hujusmodi obligationi in posterum subjici. In praxi tamen cautè agendum : si metus de quo agitur incussus fuerit a mutuante, vel oriatur ex indiciis ab ipso datis, est quædam exactio, quæ sufficere potest ad usuram, juxta propositionem XLII ab Innocentio XI damnatam (vid. n° 548).

Hinc 3° si quis mutuet quia aliquid sperat ex liberalitate mutuatarii, alioquin non mutuaturus, quamvis id omnino illicitum reputent quidam quos sequitur S. LIGUORI, existimamus cum DE LUGO et BILLUART, fieri posse ut non adsit peccatum, modò talis non sit casus ut urgeat præceptum mutuandi, et sic mutuans ex honesto fine lucrum intendat. A fortiori id verum est, si spes lucri non sit nisi motivum secundarium. Sed si illam spem manifestet mutuans, valde periculosum est ne tollatur libertas mutuatarii.

573. VI°. DE OBLIGATIONE NON REPETENDI SORTEM ANTE CERTUM TEMPUS.

Cùm essentiale sit mutuo ut ante quoddam tempus repeti

non possit, non potest hæc obligatio esse titulus legitimus, ut intelligitur ex dictis (nº 566), et constat ex propositione damnata ab Alexandro VII, *ibid.* relata. Sed cùm obligatio non repetendi ante longum tempus non sit mutuo essentialis, plures nec ignobiles theologi, inquit Billuart, contendunt esse reipsa titulum ; et multò plures agnoscunt id esse probabile, quamvis id non admittant : verùm alii satis communiter hunc titulum rejiciunt. Juxta SALMANTICENSES, quos plures sequuntur, spatium temporis non sufficit per se ad præbendum titulum : sed cùm sit moraliter impossibile ut mutuans, per longum tempus exspectando, non patiatur aliquod periculum, damnum vel incommodum, etc., ideo potest per accidens de auctario pacisci.

Existimamus licitum esse rationem habere hujus periculi, ideoque sæpe exigi posse auctarium, præsertim si agatur de spatio longiori, v. g., de decem aut viginti annis; hodie pauci pecuniam suam relinquunt tamdiu otiosam.

574. VIIº DE SOLUTIONIS DILATIONE VEL ANTICIPATIONE.

Quando summa alicui debita non solvitur eo tempore quo deberet solvi, fit mutuum implicitum : ideo non magis licitum esse inde lucrum percipere quàm ex mutuo explicito, docent auctores, et statuerunt multa Concilia. Quidam tamen occurrunt casus de quibus adest specialis difficultas. Observamus eamdem esse quæstionem, si quis contrà solvat ante tempus, ideoque velit minus solvere.

I. Quando auctarium haberi potest tanquam *pars pretii* conventi, adeò ut summa principalis et illius interesse habeantur pro unico pretio, non aderit usura; quamvis possit esse injustitia, si pretium sit nimium. Sed cautè illud applicandum est in praxi.

II. Si vendatur *res frugifera* et statim tradatur ante solutum pretium, triplex fingi potest hypothesis : vel conventum est de tempore solutionis et de auctario interim solvendo ; vel concessa est dilatio absque ulla mentione auctarii ; vel denique nonnisi post contractum purè et simpliciter initum conceditur dilatio.

In 1ª *hypothesi*, conventio nihil includere videtur illicitum. Si venditor voluerit sibi reservare dominium usque

ad pretii solutionem, et rei periculum subire, tunc jus habet ad fructus, vel ad compensationem pro iis recipiendam: licèt autem non intenderit dominium sibi reservare, idem videtur admittendum, quia tunc et sors et auctarium censentur pretium constituere. Id magis elucidabitur ex modò dicendis.

In 2ª *hypothesi*, auctarium tribuitur in foro externo (nº 415). In foro interno, videtur attendendum esse ad intentionem contrahentium, quæ deducetur ex circumstantiis : si propter terminum concessum auctum fuerit pretium, non poterit exigi auctarium, ne bis idem solvatur; secus verò, judicandum erit conventionem initam fuisse juxta dispositionem legis, ac proinde idem statuendum ac de casu sequenti.

De 3ª *hypothesi* adest præcipua controversia.— Iª *Opinio negat posse percipi auctarium.* Ita post S. Antoninum Lessius, Salmanticenses, Billuart, asserens ita teneri communiùs; Antoine, asserens esse sententiam communem; S. Liguori, et alii. — *Prob.* 1° Res fructificat domino, et æquum est illum habere commodum qui sentit incommodum : porrò res pertinet ad emptorem, qui solus subit illius periculum. 2° In alia opinione non servaretur æqualitas. Nam supponitur res vendita justo pretio quod haberet si solutio statim fieret : porrò ex antea dictis pecunia postea solvenda tanti valet quanti nunc soluta; ergo si ob dilationem aliquid amplius percipit venditor, usuram committit.

IIª *Opinio affirmat posse percipi auctarium.* Ita Molina, de Lugo, Leotardus, qui ait hanc sententiam esse inter jurisperitos receptam, *Collat. Ambian.*, Pothier, Collet, asserens hanc esse praxim universalem Galliæ, et alii, quos sequitur D. Richard, quibus pariter adhærendum putamus. — *Prob.* 1° Venditor jus habet non tradendi rem nisi quando solvitur pretium : ita statuunt aut supponunt omnes leges; ita hodie art. 1612 Cod. civ., ut vidimus (nº 402); illudque æquitati omnino consonum videtur. Posset igitur interim fructus percipere, et iis perceptis æqualitati satisfaceret eam tradendo quando pre-

tium recipiet : si ergo huic juri renuntiet in gratiam emptoris, potest indemnitati suæ consulere stipulando interesse; alioquin evenire posset ut èmptor ex solis fructibus pretium solveret, quod esset iniquum. 2° Nisi contraria conventio ineatur, censetur venditor illam indemnitatem stipulari. Nam *ea veniunt in contractibus quæ sunt juris et consuetudinis :* porrò ex jure debetur illa compensatio : ita olim ferebat jurisprudentia constans in Gallia, licèt quamlibet usuram reprobaret; ita hodie expressè statuitur in Cod. civ. art. 1652, ut diximus (n° 415).

Observandum superest in casu inverso, scilicet quando emptor pretium solvit ante rei fructiferæ traditionem, posse ab eo interesse percipi : adest eadem ratio, nempe jus habet ad compensationem fructuum quos deberet percipere. Est tunc quædam species locationis. Ita docet cum pluribus aliis Leotardus, Pothier, D. Richard.

575. III. De mercatoribus qui cariùs vendunt ob dilatam solutionem, seu, ut aiunt, *à crédit*, non concordant auctores. Non pauci eos excusant. Ita Lessius, de Lugo, S. Liguori, Nicole, in speciali tractatu, *Ess. de Morale*, t. vi, et alii. 1° Adest, inquiunt, saltem plerumque, titulus lucri cessantis aut damni emergentis. Mercatores enim non relinquunt pecuniam suam otiosam, ac proinde si eam haberent, lucrum obtinerent quo privantur. Aliunde ipsi exinde coguntur creditò merces emere, et sic cariùs solvere. 2° Adest etiam verum periculum. Semper enim inter eos qui creditò emunt non pauci fidem fallunt; ergo æquissimum est ut obtineatur compensatio per majus pretium : alioquin brevì corrueret mercatorum fortuna, unde grave damnum pateretur tota societas. 3° Licèt in quibusdam casibus peculiaribus non reperirentur illi tituli, subsistit æstimatio communis, ex qua determinatur verum pretium rerum : omnibus notum est, juxta illam æstimationem merces cariùs vendi creditò quàm numeratâ pecuniâ. Et revera pretium augetur vel minuitur pro majori vel minori numero emptorum : porrò multi concurrunt ad emendum creditò, pauci verò ad emendum pecuniâ præsenti; ergo mirum non est diversum esse pretium.

Alii contrà sentiunt non posse sine usura cariùs vendi ob dilatam solutionem. Ita Habert, Collet, Billuart; imò dicunt Salmanticenses, in hoc convenire omnes : quod intelligendum si habeatur ratio tantùm dilatæ solutionis, absque ullo titulo; est enim non solùm expressa doctrina S. Thomæ, 2-2, q. lxxviii, art. ii, ad vii, sed et SS. Pontificum Urbani III, et Gregorii IX, cap. *Consuluit*, x, et cap. *Naviganti*, xix, *de Usuris*, v, xix, in quibus id satis disertè declaratur. Sed ut bene intelligatur ea decisio, et præsertim ut in praxi applicetur, hæc sunt observanda.

1° Omnes admittunt non adesse usuram vel injustitiam, quando statur intra limites justi pretii, scilicet modò merces non vendantur ultra summum pretium, nec emantur infra infimum.

2° Quando adest lucrum cessans aut damnum emergens, nullum dubium est quin possit augeri pretium. Verùm observant Molina, et alii plures, sæpe nedum eâ de causa lucrum cesset, potiùs augeri; quia vendendo creditò plures emptores habent, et plures merces vendunt.

3° Quando adest verum periculum, potest augeri pretium erga hujusmodi emptorem, qui si nihilominus solvat, fiet compensatio. Sed non ideo potest majus pretium exigi ab iis ex quorum parte nullum est periculum; non magis tenentur compensare periculum cujus non sunt causa, quàm qui emunt numeratâ pecuniâ. Aliunde in determinando pretio communi habetur ratio hujusmodi periculi generalis.

4° Quando agitur de mercibus quæ nonnisi creditò vendi solent, videtur stari posse pretio communi quod habent attentâ emptorum frequentiâ. Sed si agatur de mercibus quæ modò venduntur creditò, modò numeratâ pecuniâ, non attendendum an plures occurrant qui velint emere creditò, quam qui numeratâ pecuniâ. Nam ideo mutatur rei pretium pro numero emptorum, quia inde ostenditur quatenus multi vel parvi fiat; igitur attendendum est ad numerum emptorum totaliter sumptorum, non verò separatim eorum qui tali vel tali modo volunt emere. Et reipsa si veluti duplex admittatur pretium, inde oritur non quòd

merces pluris vel minoris æstimentur in uno quàm in altero casu, sed quòd diversa ratio habeatur pecuniæ præsentis et absentis; quod excusari nequit, nisi excusetur ipsa usura, ut ex dictis facilè intelligitur.

576. IV. De anticipata solutione, quam gallicè dicimus *Escompte*. Hæc in eo consistit quòd, si pecuniæ summa solvatur ante elapsum terminum, quædam fiat deductio seu imminutio ratione illius anticipationis. Eadem occurrunt principia ac de solutione dilata : utraque enim recidit in mutuum implicitum ; quando differtur solutio, creditor censetur mutuum dare debitori; quando autem anticipatur, debitor censetur dare mutuum creditori. Si igitur nullus adesset titulus nisi anticipata solutio, lucrum esset usurarium; ita et meritò Pothier : dum contrà si adsit lucrum cessans aut damnum emergens ex parte illius qui solvit, nulla adest injustitia. Sed advertendum est in praxi plerumque non tam esse injustitiam, quàm reditum ad justitiam. Scilicet quando emptor obtinet a mercatore imminutionem quia statim solvit, non minuitur justum pretium, sed relaxatur tantùm excessus qui exigebatur ob dilationem. Sive ergo ille excessus fuerit injustus, sive excusari debuerit ratione lucri cessantis, etc., satis patet nihil injustum esse in imminutione, modò non sit infra infimum pretium.

Nota. De negotiatione quam vocant *Escompte des billets*, alio loco dicemus (n° 588). Si autem agatur *de Sententia Judicis*, auctarium imponente ob dilationem solutionis, solvenda est quæstio ex antea dictis (n° 182).

577. VIII° De pœna conventionali.

Eo nomine intelligitur pactum quo mutuatarius se subjicit ad auctarium per modum pœnæ solvendum, si tempore præfixo sortem non reddat. Unde patet hunc titulum maximam habere analogiam cum præcedenti, seu esse veluti illius appendicem.

Porrò hunc *esse legitimum* est communis opinio, inquiunt Collet, Billuart, et alii. Illud auctarium seu mulcta non exigitur propter mutuum, sed propter moram culpabilem mutuatarii; ergo non adest usura : debetur ex

pacto legitimo, quod nempe ineundi rationem sufficientem habuerunt contrahentes, tum ut consuleretur firmitati contractûs, tum ut debitoris negligentiâ præcaveretur.

Ne tamen sub hujus tituli specie obtegatur usura, variæ requiruntur *conditiones*. Requiritur 1° ut hæc pœna *non imponatur in* usuræ *fraudem*, ita videlicet ut propter illam mutuum detur; sed ut imponatur vel quia reipsa interest mutuantis ut summam habeat tempore præfixo, vel saltem vult eam hoc tempore recipere. 2° Ut *æquitas* servetur in pœna, nempe ut sit moderata, ut non tota exigatur si pars debiti reddita fuerit, ut mora sit alicujus momenti, etc. 3° Ut adsit quædam *culpa* ex parte mutuatarii, quia pœna supponit culpam. Ita communiter theologi. Advertunt tamen quidam, sufficere ut mora culpabilis fuerit in causa, v. g., si mutuatarius imprudenter se obligaverit : imò sufficere videtur culpa juridica, quia nimis arduum foret mutuanti expendere an adsit culpa theologica ; et si mutuantis verè interesset ut solutio fieret tempore præfixo, ne culpa quidem juridica foret exigenda.

Cæterùm quia timendum est ne deficiant illæ conditiones, ideo pactum illud habetur ut in praxi periculosum, nec in foro externo olim admittebatur.

Quandonam autem solvenda sit illa pœna, determinandum est ex intentione contrahentium, si nota sit. Generatim dici potest 1° non requiri sententiam judicis : conventiones per se obligant independenter a sententia judicis; et talis videtur intentio contrahentium, ut nolint recurrere ad judicium incertum et quod nonnisi multis sumptibus obtineri potest. 2° Requiri tamen petitionem alterius contrahentis, seu mutuantis : qui nisi petat censetur relaxare. Aliunde est de natura pœnæ ut non se offerat reus ad eam subeundam, sed exspectet sententiam, ubi de pœna legali; ergo exspectare potest petitionem, ubi de pœna conventionali.

Nota. Cum præsenti titulo connexionem habet *pactum* quod dicitur *Legis commissoriæ*. Duplici sensu sumitur, prout apponitur venditioni, vel pignori : de priori, vid. n° 421 ; de posteriori, n° 584.

§ 3. *De variis contractibus in quibus percipitur auctarium supra sortem.*

578. Seorsim dicemus : 1° de contractu *mohatra;* 2° de contractu trino; 3° de censu utrinque redimibili; 4° de mutuo pignoratitio; 5° de Montibus pietatis; 6° de cessione creditorum; 7° de mutuo quod dicunt negotiationis.

I° DE CONTRACTU MOHATRA.

Contractus quem eo nomine designant Hispani, is est : aliquis pecuniâ indigens merces emit creditò, et statim eas vendit eidem mercatori viliori prètio, sed numeratâ pecuniâ. Facilè intelligitur hic esse mutuum vix palliatum, cum auctario, quod situm est in discrimine inter pretium emptionis et venditionis. Hinc INNOCENTIUS XI damnavit hanc propositionem XL : « Contractus mohatra licitus est » etiam respectu ejusdem personæ, et cum contractu re- » trovenditionis prævîè inito cum intentione lucri. » Posito hoc pacto, fit merum mutuum : illud enim intendunt contrahentes, licèt aliud fingant; cum emens nolit merces, sed pecuniam, et vendens velit summam datam cum auctario. Unde mirum non est ex duobus contractibus licitis exsurgere unum illicitum, quemadmodum, inquit PIETTE, ex terra pura et aqua mundâ fit lutum immundum. Si autem non adesset illud pactum, et primus emptor posset revendere cuicumque vellet, et liberè offerret venditori, iste injustitiam non committeret emendo viliori pretio, modò semper staret intra limites justi pretii : non enim est pejoris conditionis quàm alii ; neque tunc duæ venditiones in unum coalescerent. Ita communiter.

579. II° DE CONTRACTU TRINO.

Eo nomine designatur contractus societatis cui adjicitur duplex contractus assecurationis, vel, ut alii dicunt, contractus assecurationis et venditionis majoris lucri incerti pro minori certo, istò modo : trado pecuniam mercatori, et cum eo societatem ineo, vi cujus particeps ero lucrorum, quæ spes est fore 15 p. 100; sed metuens ne capitale pereat, mercatori promitto 5 p. 100 ut illud assecuret, sicque jam non spero nisi lucrum 10 p. 100, et quidem adhuc incer-

tum ; tandem mercatori vendo lucrum illud incertum pro lucro minori certo, seu illi promitto alia 5 pro 100 ut mihi assecuret 5 quæ supersunt : his ergo contractibus obstringitur mercator ad mihi reddendam integram sortem cum auctario 5 p. 100.

Vulgò perhibetur NAVARRUS fuisse hujus contractûs inventor : sed ipse agnoscit se illum collegisse a quibusdam theologis antiquioribus quos citat ; unde solummodo magis distinctè proposuit. Adversarium habuit DOM. SOTO : hinc majorem famam adepta est illa controversia, quæ locum dedit SIXTO V edendi an. 1586 Constitutionem *Detestabilis*, in qua, inquit BENEDICTUS XIV, « Duplicis securitatis pactionem societati adjectam usurariam pronuntiavit, eamque deinceps fieri prohibuit. Et nihilominus, » pergit Benedictus XIV, nondum causa finita est. » Ut eam accuratè exponamus, agemus separatim de variis modis quibus iniri possunt illi tres contractus.

I. *De tribus contractibus initis* CUM DIVERSIS PERSONIS.

Quibusdam videtur eum qui in societatem confert solam pecuniam non posse jus habere ad lucrum, nisi periculum illius incurrat : cùm autem societati adjectis duobus aliis contractibus, jam non supersit periculum, inde concludunt eum jus non habere ad lucrum, sed totum jus suum debere transmittere iis qui periculum subeunt.

Attamen alii penè omnes, teste COLLET, admittunt tres illos contractus cum diversis personis iniri posse. Etenim qui pecuniam contulit retinet dominium partiale fundi socialis, ac proinde jus ad quoddam lucrum, juxta notiones antea expositas (n° 465) : neque tenetur jus illud integrum transferre ad eos quibuscum init duos posteriores contractus ; sive quia jus socii non est soli periculo proportionatum, cùm alter socius majus certè lucrum ipsi debeat tribuere quàm tribueret ei qui assecuraret parem summam ab ipso expositam negotiationi ; sive quia potest aliquis rem emere ab uno viliori pretio, et postea alteri cariùs vendere, modò intra latitudinem justi pretii, ex communi æstimatione determinati : hic autem nihil aliud peragitur ; capitalista periculum subiens erga socium ac-

quirit jus ad tale lucrum, et postea minori pretio periculum illud a se avertit. Ergo nihil occurrit injusti.

580. II *De tribus contractibus* CUM EADEM PERSONA.

Possunt fieri vel simul, vel successivè : dicuntur fieri simul, quando primus non initur nisi eo pacto et conditione ut ad alios duos deveniatur.

I. *Si* SIMUL *ineantur.* — Magna adest controversia. I *Opinio* docet *esse licitos*. Ita plures gravissimi doctores, e quibus indicare sufficiat LESSIUM, DE LUGO, GIBALINUM, SALMANTICENSES, etc.; ita plures academiæ et universitates variarum regionum; demum S. LIGUORI asserit hanc opinionem esse communiorem. — *Prob.* Ut valeat triplex contractus, sufficit ut nec usurarius, nec injustus necessariò habendus sit : atqui revera, etc. 1° *Non est* necessariò *usurarius*. Nam 1. non necessariò recidit in mutuum. Pecuniæ enim dominium non transfertur in alterum socium, qui nequit de illa pro nutu disponere, sed tenetur eam in negotiationem adhibere : ex eo autem quòd ipsi pereat, non magis sequitur eum esse dominum, quàm in locatione, vel commodato in quibus locatarius aut commodatarius rem assecurant; non magis quàm tertiam personam quâcum initi essent duo posteriores contractus. 2. Nil obstat quin perseveret vera societas : tum quia difficilè probaretur ad eam essentialiter requiri communionem damni; tum quia verissimè dici potest eum qui confert pecuniam esse damni particîpem : ille enim damno participat qui ad illud a se avertendum aliquid dare cogitur, scilicet renuntiando majori lucro quod sperabat. Ergo triplex contractus non est usurarius. 2° *Nec injustus*. Esto enim quòd aliquando reperiatur injustitia, quando scilicet non potest sperari ex negotiatione lucrum sufficiens ut, eo imminuto pro duplici assecuratione, aliquid adhuc supersit : verùm sæpe non ita est; quod deduci potest tum ex communi æstimatione, tum ex praxi mercatorum, quibus ille contractus adhuc lucrum satis copiosum producit, alioquin ab eo talibus conditionibus ineundo profectò abstinerent. Ergo, etc. Et verò, inquiunt, quilibet ex iis contractibus est in se justus, adeò ut tres iniri possint

cum tribus personis, juxta ferè omnes theologos, imò successivè cum eadem juxta multos etiam ex adversariis, ut mox videbimus : porrò hoc posito non concipitur cur injusti evaderent cum eodem simul initi; siquidem justitia non attendit ad personas, sed tantùm respicit æqualitatem rei ad rem. Ergo, etc.

IIª *Opinio* tres illos contractus *reprobat*. Ita S. Antoninus, Soto, Sylvius et alii plures quos citat et sequitur Billuart; Collet, asserens ita communiter teneri, quod verum est saltem pro Gallia; Gaitte, speciali opusculo, et Ballerini : ita expressè declararunt plures synodi sive provinciales sive diœcesanæ in Belgio et in Galliis habitæ; ita plures episcopi tum Hispaniæ, tum Italiæ, et præsertim Galliæ, qui damnando librum cui titulus : *Apologie des Casuistes*, expressè proscripserunt contractum trinum; ita pluries Facultas theologica Parisiensis, nempe ann. 1641, 1658 et 1664 ; ita *Collatores Parisiensis*, *Ambianensis*, *Andegavensis*, *Lucionensis*, et alii plures : ita demum Pothier. — *Prob.* 1° *Ex principiis circa mutuum.* Ostensum est nihil percipi posse supra sortem vi mutui : atqui hic lucrum perciperetur vi mutui. Nam ille triplex contractus in rei veritate nihil aliud est quàm merum mutuum : tum ex natura sua, quia si comparetur cum mutuo, manifestum erit non differre nisi verbis, et eadem esse obligationes et jura; tum ex intentione contrahentium, quia qui contractum societatis init cum pacto ad alios deveniendi reverà nihil aliud intendit quàm merum mutuum, nec sincerè intendit societatem : illudque adeò verum est, ut si ille qui pecuniam recepit bonis suis cedat, alter coram tribunalibus habeatur ut merus creditor, cui simul cum aliis satisfiet, dum contrà si esset socius ad nihil jus haberet nisi postquam satisfactum fuisset creditoribus; ergo, etc. Hinc jam intelligitur quædam disparitas inter casum præsentem, et eum quo tres contractus cum diversis personis ineuntur : in isto enim non reperitur mutuum, ut facilè intelligitur. Quemadmodum ergo non licet contractus *mohatra* cum eodem initus, quamvis valeat initus cum duobus, ita in præsenti casu, etc. 2° *Ex*

principiis circa societatem. 1. Ex eo quòd per duos contractus posteriores planè *evertatur societas.* Cùm tota spes lucri ex parte illius qui pecuniam confert nitatur societati, si societas evertatur, erit spes prorsus illusoria, ac proinde non poterit talem spem alteri transferre tanquam pretium assecurationis : aliunde si duo posteriores contractus evertant societatem, cùm primus contractus non ineatur nisi cum pacto deveniendi ad alios, dicendum est contrahentes non velle sincerè societatem, cùm eam non velint nisi sub conditione ipsi repugnante. Atqui revera duo contractus posteriores evertunt societatem : sive enim negotiator lucrum obtineat, sive damnum patiatur, alter idem obtinebit; ergo verbo tantùm, non reipsa socius est : quemadmodum si ille qui industriam ponit, certum sibi assignet pretium, non socius, sed merus minister habebitur, et aderit locatio operarum. Ergo, etc. 2. Ex eo quòd per duos posteriores conventiones *auferatur titulus lucri* percipiendi ex parte illius qui pecuniam contulit; quo posito, non potest lucrum illud alteri transferre in pretium assecurationis. Ex theologorum, canonistarum et jurisperitorum sensu, lucrum illi est adjudicandum, cujus *periculo* capitale negotiationi per societatem exponitur; sic si rerum alienarum depositarius, imò et fur, alienam pecuniam in societatem conferunt, non domino, sed illis fructificabit, quia est illorum periculo : porrò ille de quo agimus periculum non subit; ergo jus non habet ad lucrum; ergo non potest illud alteri transferre. Insuper cùm hic agatur de rebus primo usu consumptibilibus, usus non potest a dominio separari ; ergo negotiator verè acquirit integrum et exclusivum illius *pecuniæ dominium ;* ergo prætensus socius nullum jus habet ad lucrum. Hinc iterum intelligitur disparitas inter triplicem contractum initum cum tribus, et initum cum uno ; in priori casu, perseverat vera societas, non in posteriori; in priori, superest justum pretium assecurationis, non in altero.

Hæc sunt præcipua utriusque opinionis argumenta ex ratione desumpta. Posteriorem existimamus probabiliorem.

Si quæstionem *ex auctoritate* expendamus, quamvis

nonnulli existiment hanc fuisse a SIXTO V definitam, non ita sentiendum putamus : tum quia nonnisi in posterum prohibet contractus de quibus loquitur ; tum quia ex interpretatione doctorum qui post Bullam sive Romæ sive alibi scripserunt, manifestum videtur, vel Sixtum V non absolutâ damnatione triplicem contractum reprobasse, vel ejus Constitutionem, datam ad dirimendam controversiam inter duos privatos doctores exortam, haberi non debere tanquam judicium Sedis Apostolicæ, quod vim habeat in locis in quibus non est promulgatum. Unde hæc habet BENEDICTUS XIV, cui omnino standum putamus : « Neque Apostolica Sedes priori opinioni, etsi minùs congruere videatur Sixtinæ Constitutioni, ullam hactenus censuram inussit, a qua proinde eidem infligenda debet episcopus abstinere : ad usum verò quod attinet, tutò poterit contractum trinum, quem etiam ejusdem patroni periculosum fatentur, pro viribus impedire, atque ab eo ineundo suos subditos dehortari ; quod a plerisque episcopis in suis diœcesanis synodis sapientissimè factum referunt GENETTUS, NATALIS ALEXANDER. » Nec aliter loquitur ipse S. LIGUORI.

Nota. Huc spectat art. 855 Cod. civ., quo irrita declaratur « la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés. » Exinde concludunt quidam jurisperiti per legem civilem reprobari triplicem contractum : unde existimant quidam theologi sic quoad nos dirimi controversiam. Sed attentâ mente legislationis nostræ, et jurisperitorum doctrinâ, probabilius est non absolutè prohiberi triplicem contractum, sed haberi ut merum mutuum, cui proinde applicatur lex de taxatione auctarii in mutuo percipiendi : quod cæterùm omnino confirmat sententiam nostram.

581. Quid verò, si ineantur *duo tantùm contractus ?*

Quidam nihilominus eos reprobant, præsertim quando societati additur assecuratio sortis : et deduci posset ex Constitutione Sixti V, qui reprobat conventionem de assecuranda sorte, *sive* de assecurando certo aut incerto lucro ;

quæ particula disjunctiva indicare videtur damnari etiam duplicem contractum, ut observat Billuart.

Sed auctores longè communiùs admittunt *licitos esse* duos contractus simul initos. — 1° Si societati adjungatur *venditio lucri* incerti pro certo, illud satis apertum videtur, quia subsistit societas et nulla videtur committi injustitia. 2° Si adjungatur *assecuratio sortis*, major adest difficultas. Concipitur quidem aliquomodo adhuc subsistere societatem, quia adest communitas lucri. Attamen quædam ex argumentis allatis contra triplicem contractum videntur etiam præsentem attingere : et plura concilia expressè reprobant pactum quo sors assecuratur. Unde plures ex iis qui illud pactum admittunt, supponunt in pretium assecurationis dari, non meram spem lucri ex societate proventuri, sed aliquid certi et determinati, quod in omni eventu solvatur; et sic adesse periculum damni incurrendi, si nempe nullum lucrum ex societate percipiatur : ita Collet, Billuart, *Collat. Andegavens.*, et alii. Satis ergo dubium videtur an ille contractus absque illa restrictione admitti possit. Illudque confirmari potest ex art. 1855 Cod. civ. Ille articulus videri posset omnino irritare talem contractum; dicunt tamen jurisperiti non ita esse, sed illum æquiparari pacto de quo loquitur art. 1851, quo nempe in societatem confertur sola fruitio pecuniæ, quæ non socio, sed societati perit : porrò quid illud est, nisi quædam veluti locatio pecuniæ, seu mutuum cum auctario? Ac proinde in foro conscientiæ, est mera quæstio de lucro percepto vi mutui.

582. II. *Si tres contractus* successive *ineantur* cum eadem persona, non desunt auctores qui eos pariter reprobent : quia duo posteriores contractus, etiamsi societati initæ superveniant, non minùs eam destruunt, et efficiunt ut in mutuum merum recidat.

Alii tamen *licitos* propugnant eos contractus : testatur Gaitte, id a plerisque admitti. Illud etiam admittimus, et sic explicandum putamus cum *Collat. Ambianensi*. Per contractum societatis jus acquisitum est ad lucrum quod ex illa sperari potest. Quando superveniunt alii duo con-

tractus, societas quidem evertitur; sed si illud fiat in gratiam illius qui pecuniam recepit, renuntiatio illa confert titulum sufficientem ad lucrum percipiendum: quia, ut suprà diximus (nº 579), tota spes lucri non est necessariò transferenda ei qui periculum in se suscipit. Hinc patet discrimen inter casum præsentem, et præcedentem in quo nunquam exstitit vera societas, ut jam exposuimus.

Hæc sufficiant de contractu trino; cujus cæteroquin investigatio minoris in se interest hodie, si contractus ille in se solo spectetur; ex iis enim qui tradunt pecuniam suam negotiatoribus, vix ullus est qui de eo cogitet, et qui purè et simpliciter non intendat mutuum. Eatenus ergo potissimùm utilis est præsens investigatio, quatenus refertur ad ipsum *mutuum* quod vocant *negotiationis*, ut intelligetur ex dicendis quando de isto mutuo sigillatim loquemur (nº 594 et seq.).

583. III° De censu utrinque redimibili.

Quæstio est quam huc remisimus (nº 530), utrùm generatim constitui possit census redimibilis ad nutum emptoris seu censualistæ, vel, juxta receptum loquendi modum, an licitus sit census ex utraque parte redimibilis? Agitur præcipuè de censu personali aut mixto.

Magna est eâ de re controversia.

1ª *Opinio* tenet censum utrinque redimibilem *esse in se licitum*. Ita post quosdam antiquos Lessius, de Valentia, Layman, Zech, S. Liguori, etc. — *Prob.* 1º Ille contractus *non est injustus*. Sicut onus quod imponitur emptori quando facultas redimendi conceditur venditori, compensatur minuendo pretium, ita et onus impositum venditori per facultatem concessam emptori potest compensari augendo pretium; et sic aderit æqualitas requisita et sufficiens ad justitiam contractûs. 2º *Non est usurarius*, seu, quod idem est, census utrinque redimibilis non recidit in mutuum. Duplici modo potest dari pecunia: vel immediatè pro simili pecunia, cum obligatione ut post aliquod tempus reddatur, et tunc est mutuum; vel immediatè pro re vendibili, cum obligatione ut venditor eam rem post aliquod tempus redimat, et pro ea pretium restituat, et tunc est

vera emptio. Porrò in conventione de qua agimus emptor censûs non dat pecuniam immediatè pro pecunia refundenda in redemptione, sed pro censu; neque obligat alterum ut reddat pecuniam pro pecunia accepta, sed ut recipiat rem seu jus quod vendidit, et reddat pro ea justum pretium. Ergo fit vera venditio, non mutuum. Ita LESSIUS. Et verò supponi potest censum constitui super re aliqua frugifera, si sit realis, vel saltem super personæ industria lucrandique facultate, si sit personalis; et quidem ita ut si res pereat, vel si persona sinè sua culpa amittat lucrandi facultatem, census amittatur : quo posito, census iste differet a mutuo : 1. quia in censu pensio percipitur ex re fructifera, dum in mutuo percipitur ex re sterili seu pecuniâ; 2. quia censuś non potest constitui super quacumque persona, dum mutuum cuicumque dari potest; 3. quia censualista obnoxius remanet periculo rei, non verò mutuatarius. Ita autem fieri supponunt plerique ex auctoribus istius opinionis.

II° *Opinio* tenet *non posse permitti* censum utrinque redimibilem. Agnoscit LAYMAN hanc esse communem : eam tenent SOTO, SYLVIUS, SALMANTICENSES, *Collat. Ambianens.*, DAELMAN, asserens hanc esse doctrinam scholæ Lovaniensis, et alii plurimi. — *Prob.* Illud pactum rejiciendum est, quod recidit in mutuum usurarium, et quo semel admisso corrueret lex divina prohibens usuram. Atqui census utrinque redimibilis 1° *recidit in mutuum usurarium :* cùm tradens pecuniam sibi reservet facultatem eam repetendi, jam tollitur discrimen essentiale inter censum et mutuum, ex dictis (n° 524). Quod enim dicitur, in mutuo pecuniam reddi immediatè pro pecunia recepta, dum in censu reddetur tanquam pretium censûs qui redimetur, quis non videat discrimen non esse nisi in verbis, posito semel quòd in quacumque hypothesi pecunia reddenda sit, ut hodie vulgò supponitur? Ergo revera nullum superest discrimen; et pecuniam tradens reipsa non vult venditionem, sed merum mutuum : hic igitur sicut in contractu *mohatra*, intentio efficit ut adsit mutuum palliatum. 2° Eo pacto admisso, *illusoria fieret lex divina* usu-

ram prohibens : nullus enim erit, nisi sit stupido stupidior, inquit Billuart, qui, per illud obvium censûs redimibilis medium, totum id impunè non obtineat quod ex mutuo usurario obtinuisset.

Hæc secunda opinio nobis longè probabilior videtur, præsertim quando agitur de censu personali et mixto. Non putamus tamen exhiberi posse tanquam ab Ecclesia definitam; sic loquitur Benedictus XIV : « Vehementer suspicamur, in censu merè personali, præsertim utrinque » redimibili, eas desiderari conditiones quas non solùm » Pontificia Constitutio (S. Pii V), verùm etiam ipsum jus » naturale et divinum exposcunt, ne sit larvatus contractus » mutui, et propterea coram Deo usurarius. Sed quoniam » nulla hactenus hac de re ab Apostolica Sede prolata est » sententia, non decet ut episcopus in sua synodo censum » personalem declaret ex natura sua usurarium. »

Cæterùm duo sunt observanda. — 1° Si quis priorem opinionem amplecti vellet, attendere deberet, 1. theologos qui eam propugnant vulgò agnoscere hujusmodi contractum esse in praxi periculosum; 2. eos agere præcipuè de censu reali, imò multos excludere census merè personales, quales vigent apud nos, qui scilicet non pendent a casu rei; 3. eos exigere varias conditiones, quæ sæpe desunt, v. g. ut pensio minuatur ratione oneris quod imponitur.

2° Ut census habeatur tanquam irredimibilis quoad emptorem et proinde licitus, sufficit ut emptor jus non habeat exigendi sortem a venditore; hoc enim posito, adest verè alienatio perpetua. Hinc 1. licitus est, etiamsi aliunde certum sit debitorem post certum tempus sese liberaturum. 2. Licitus est pariter, si aliunde censuarius obligetur ad redimendum, modò jus redemptionem exigendi non competat censualistæ. Sic quando quis, fidejussorem censûs se constituens, potest censuarium obligare ut ipsum liberet a fidejussione censum redimendo, juxta juris dispositionem sancitam art. 2032 Cod. civ., licitus est nihilominus census, quia semper verum est nullum jus competere censualistæ. Ita Pothier, dicens neminem de hoc dubitare. Requiritur tamen ut non adsit collusio inter censualistam et

fidejussorem; alioquin esset fraus contra legem, cùm censualista jus acquireret redemptionem exigendi.

584. IV° De mutuo pignoratitio (prêt sur gage).

Duo sunt pacta hìc expendenda : pactum quod dicitur *Legis commissoriæ*, quo statuitur ut pignus fiat creditoris, si debitor ex sua culpa tempore determinato non reddat rem mutuatam; et pactum *Antichresis*, quo rei frugiferæ fructus conceduntur creditori.

I. *De pacto legis commissoriæ in pignore.* — 1° Si pignus non superet valorem rei aut summæ mutuatæ, vel si juxta pactum creditor debeat restituere excessum pretii, tunc attentis tantùm principiis generalibus nulla adest usura, nec injustitia : creditor nihil lucrari intendit; providet tantùm ut suum sibi solvatur debitum. Imponitur quidem debitori onus pretio æstimabile; sed imponitur, non ob mutuum, sed ob dilationem solutionis; nihil aliud est quàm pœna conventionalis. Aliunde id constat ex praxi Montium pietatis, ut mox dicemus. 2° Si pignus superet valorem debiti, et conventio fiat ut creditor possit illud totum retinere, videndum est an excessus talis sit ut possit statui per modum pœnæ conventionalis, necne : si 1°, modò adsint conditiones suprà assignatæ, nulla aderit usura; evidens est esse eumdem omnino casum : si 2°, aderit injustitia et usura, ut facilè intelligitur ex dictis.

Diximus *Attentis principiis generalibus*, quia ex jure civili irrita declaratur conventio quâ creditori tribueretur jus sibi vindicandi rem oppigneratam, vel de ea disponendi; art. 2078 et 2088 Cod. civ. Ratio ita statuendi fuit, juxta omnes, periculum ne creditor abuteretur indigentiâ debitoris ad rem obtinendam viliori pretio, vel ne sic palliaretur usura. Mens legislatoris non fuit quidem impedire ne creditor perciperet auctarium juxta taxationem legalem ; sed declarando conventionem irritam voluit præcavere fraudes quæ facilè irrepere possent : unde cùm illa dispositio lata fuerit intuitu boni publici, et fundetur præsumptione periculi, valet in conscientia, ac proinde creditor tenebitur semper stare formis per legem præscriptis, de quibus dicemus ubi *de Pignore* (cap. XIV, n° 625).

585. II. *De pacto antichresis*, seu de *perceptione fructuum* rei oppigneratæ *concessâ creditori*.—Si mutuatarius rem frugiferam in securitatem debiti tradat mutuanti, et iste fructus percipiat, satis apertum est eum percipere aliquid ultra sortem; ac proinde, si titulum extrinsecum et legitimum non habeat, committere usuram. Ita docet S. Thomas, et est certum cum communi, ait S. Liguori. Ita expressè declaratur in jure canonico: et in ipso Codice civili, art. 2085, apertè agnoscitur fructus haberi tanquam auctarium, si debeatur, et deinde in sortem imputari; quod optimè probat assertionem nostram. De hoc etiam redibit sermo cap. xiv.

Afferuntur tamen quædam species pignoris, in quibus aliud statuendum esse duxerunt SS. Pontifices: quorum decisiones cùm nobis opponant usuræ patroni, operæ pretium erit de iis quædam dicere.

1° *De pignore* feudali. Declararunt Alexander III, cap. *Conquestus est*, viii, *de Usuris*, v, xix, et Innocentius III, cap. *Insinuatione*, i, *de Feudis*, iii, xx, quando feudatarius tradit feudum (*un fief*) domino directo, posse istum fructus in sortem non computare. — Dicunt auctores hanc esse conditionem feudi ex sua prima institutione, ideoque fructus percipi non ratione mutui, sed ratione primævæ conventionis : talis conditio imponi potuit, si feudum titulo gratuito concessum fuerit, ut patet; imò etsi titulo oneroso, quia ob illam conditionem imminui debuit pretium; conveniens autem fuit ut ita statueretur, quia indecens videbatur ut, re in feudum traditâ redeunte ad dominum directum, ipse eam administraret ut alienam, cum obligatione reddendæ rationis suo feudatario et vassallo. Ita satis communiter theologi.

2° *De pignore* beneficiali. Prohibens Alexander III, cap. *Plures*, i, *ibid.*, ne fructus pignoris percipiantur, addit: *Nisi fortè beneficium Ecclesiæ fuerit, quod redimendum ei hoc modo de manu laici videatur.* — Dici potest cum quibusdam ibi agi de bono clerici injustè occupato a laico, quod si in pignus tradatur clerico, poterit iste fructus sibi vindicare, quia sic quod suum est quo meliori potest modo recuperat : vel cum aliis, per *beneficium* idem intelligi ac per *feudum*, quod tunc moris erat; quo posito, casus ille recidit in priorem.

3° *De pignore* dotali. Hæc habet Innocentius III, cap. *Salubriter*, xvi, *de Usuris*, v, xix; « Sanè generum » ad fructus possessionum, quæ sibi a socero sunt pro » numerata dote pignori obligatæ, compensandos in sortem non credimus compellendum; cùm frequenter dotis » fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda. » Inde concludunt communiter theologi cum De

Lugo, etiam extra casum pignoris posse generum auctarium percipere pro dote non soluta, quia eadem est ratio ac pro fructibus pignoris. Ita statuebatur in jure Romano; item in jure Gallico veteri, licèt cujuslibet usuræ prohibitivo. Ita hodie expressè codex Civilis, art. 1440, 1548, ubi sancitur auctarium deberi pleno jure a die matrimonii. Hujus dispositionis hæc affertur ratio. Cùm dos genero detur ad ferenda onera matrimonii, potest ipse non suscipere hanc obligationem, nisi dotem acceperit : et de facto ita, saltem implicitè, pacisci censetur, cùm *Ea veniant in contractibus quæ sunt juris et consuetudinis*. Si igitur antea ferat hæc onera, jus habet ad compensationem.

Hinc 1° possunt percipi fructus, licèt dos soluta relinquenda fuisset otiosa a genero, quia semper subsistit eadem ratio. Item licèt fructus superent onera matrimonii, vel eos qui fuissent percipiendi ex dote; quia semper vim habet promissio soceri, qui sicut potuit promittere dotem superantem onera matrimonii, ita potuit fructus illos concedere; verus autem titulus in illa promissione reponendus est, non præcisè et immediatè in ipsis oneribus. Ita de Lugo et alii. — 2° Potest gener fructus illos exigere ab eo qui dotem constituit, quicumque sit, vel ab iis qui successerunt ejus obligationibus : parvi refert an is sit socer, an alius; eadem enim est ratio; ita Molina. — 3° Si gener pignus acceptum ipse oppigneret alteri pro pecunia mutuo accepta, iste alius non poterit fructus percipere, quia non habet titulum qui competit genero, ut patet. Pariter si gener dotem sibi solutam ipse mutuo tradat, non ideo poterit lucrum percipere, quia iste mutuatarius non tenetur de oneribus matrimonii, ac proinde non adest titulus allatus : est merum mutuum ordinarium. — 4° Si ante dotem solutam maritus moriatur, poterit uxor fructus pignoris vel auctarium percipere. Ita multi quos citat et sequitur de Lugo et D. Richard. Ratio est, quia sicut dos non solùm fuit promissa viro, sed etiam imò magis uxori, eidem pariter promissa videntur alia omnia quæ ad dotem pertinent.

586. V° DE MONTIBUS PIETATIS.

Cum mutuo pignoratitio affines sunt Montes pietatis, in quibus fit mutuum mediante pignore. Idcirco de iis in præsenti loco agimus. Porrò Mons pietatis est quidam pecuniæ, tritici, farinæ, aliarumve rerum ejusmodi cumulus, ex eleemosynis aut aliunde collectus, ut pauperibus vel publicis necessitatibus consulatur. Horum Montium origo refertur circa finem sæculi XV. Cùm orta esset controversia de eorum legitimitate, quæstione delatâ ad Concilium Lateranense V, Leo X in sess. X, an. 1515, post exposita breviter utriusque partis argumenta, solemniter declaravit, assentientibus Patribus, « Montes pietatis, in quibus » pro eorum impensis et indemnitate aliquid moderatum ad solas mi- » nistrorum impensas, et aliarum rerum ad illorum conservationem » pertinentium, pro earum indemnitate duntaxat, ultra sortem absque » lucro eorumdem Montium accipitur, neque speciem mali præferre, » nec peccandi incentivum præstare : neque ullo pacto improbari, quin » imò meritorium esse, ac laudari et probari debere tale mutuum, et » minimè usurarium putari. » Ex his constat, et facilè intelligitur usurarium non esse auctarium, quod percipiunt Montes pietatis : nil percipitur vi mutui, sed titulo damni quod alioquin emergeret Monti qui in utilitatem mutuantium est erectus; quia nempe plures expensas necessariò faciendas habet.

Sed exorta est subinde nova difficultas. Cùm enim pecuniæ Montium sæpe non sufficerent ad mutuandum indigentibus, recurrendum fuit ad media novas obtinendi summas : potuerunt ergo Montes, aliâ deficiente viâ, mutuum recipere sub usuris, quemadmodum id licet privato instante necessitate, ut diximus (n° 563). Sed quæstio est, an ii qui pecunias sic deponunt apud Montes pietatis possint auctarium percipere absque alio titulo? Affirmant quidam, asserentes hanc esse praxim in Italia receptam. Verùm satis non constat reipsa vigere hanc praxim, et ab Ecclesia probari : contrà exstant decisiones SS. Pontificum, de quibus diximus ubi de *Destinatione lucrativa* (n° 569), quæ ad permittendum auctarium exigunt ut pecunia deponatur ex zelo caritatis, non ex lucri aviditate. Nec ulla afferri potest ratio valida cur magis liceat auctarium percipere a Montibus pietatis quàm a privatis.

Nota. Aliquando mercatores opulenti auctoritate principum mensam publicam aperiunt ex propriis pecuniis, et sese obligant ad mutuandum omnibus petentibus, sub conditionibus quæ servantur in Montibus pietatis. Hi montes vocantur *Lombardi*, a Lombardis, quorum plurimi, cùm essent usurarii publici, et post erectionem Montium pietatis lucrum eis cessaret, petierunt reconciliari Ecclesiæ, et posse auctoritate principum exercere mutuum prout exercetur in Montibus pietatis. De his magnæ viguerunt apud Belgas controversiæ : sed jam sopitas fuisse, nec ullum doctum et timoratum habuisse ea de re scrupulum testatur Billuart. Adest idem titulus, ac in Montibus pietatis, et præterea lucrum cessans. Videtur tamen ex dictis requiri ut qui tales domos instituunt agant ex caritate in pauperes; alioquin titulo lucri cessantis nihil possent exigere. Addit Billuart, quem citat

nec improbat COLLET : si, his non obstantibus, quid fortè videatur minùs rectum, suppletur auctoritate principum, qui jure supremo quod habent in bona subditorum sic disposuerunt propter bonum commune. Ita etiam quidam alii. De hac observatione judicandum ex his quæ dicentur *de Auctoritate Legis circa auctarium.*

Tales domus apud nos a jurisperitis dicuntur *Maisons de prêt sur nantissement.* Olim cùm usura quælibet per legem civilem reprobaretur, non permittebantur hujusmodi domus seu instituta. Sed post legem 2 octob. 1789 quæ permisit auctarium ex mutuo, multæ similes domus erectæ fuerunt : hinc innumeri oriebantur abusus, cùm, deficiente auctoritatis publicæ concursu, nulla præberetur securitas. Ideo lex 18 pluv. an XII (6 febr. 1804) sic statuit, art. 1 : « Aucune maison » de prêt sur nantissement ne pourra être établie qu'au profit des pau» vres, et avec l'autorisation du Gouvernement. » Eadem prohibitio sancitur in Codice pœnali, art. 411, pœnâ carceris et mulctæ.

587. VI° DE CESSIONE CREDITORUM.

Sub eo titulo generali plura includimus : loquemur 1° de cessione creditorum quibus annexum est auctarium ; 2° de commercio chirographorum, gallicè *Escompte des billets* ; 3° de negotiatione censuum publicorum, seu, ut aiunt, *des Opérations sur les fonds publics :* hæc omnia intelligi possunt nomine generali creditorum (*créances*).

I. *De cessione creditorum quibus annexum est auctarium.*—Cùm, ut vidimus in § præcedenti, varii sint tituli ex quibus potest percipi lucrum supra sortem, quæstio est, an jus illud possit ab altero acquiri, et quatenus; seu aliis verbis, quatenus admittenda sit subrogatio in jus creditoris qui auctarium percipit? Nullum dubium est quin ea credita, quemadmodum varia jura incorporea, possint ab uno ad alterum transire, prout diximus antea (n° 422) : sed difficultas est, an tunc nihilominus deberi pergat auctarium, et cuinam; et quodnam pretium solvendum sit ratione illius auctarii? Quæ omnia ut elucidentur, distinguendæ sunt variæ hypotheses.

1° Si acquirens *contrahat cum debitore,* nisi ipse habeat titulum personalem, jus nullum habet ad auctarium. Etenim hæc conventio nihil aliud est quàm mutuum traditum debitori : exinde debitor lucrum percipit, cùm solvat suum debitum, et sic non ampliùs debeat auctarium ; sed lucrum mutuatarii non confert mutuanti jus aliquid percipiendi supra sortem. Ita D. RICHARD.

2° Si acquirens seu cessionarius *contrahat cum creditore*, major adest difficultas : nec concordant inter se auctores numero pauci, apud quos invenimus quæstionem expendi. Putamus distinguendum esse pro ratione titulorum ex quibus deberi potest auctarium.

1. Si auctarium debeatur ob *periculum sortis*, cùm inde minuatur valor crediti, ut mox dicemus (n° 588), auctarium solvendum est a debitore, in cujuscumque manus creditum transeat. Igitur si cessionarius creditum non emat nisi minori pretio ob periculum, auctarium debebitur primo creditori, qui alioquin ad æqualitatem non compensaretur ; si verò emat toto suo valore, ipse jus habebit ad auctarium.

2. Si auctarium debeatur vel ob *dotem non solutam*, vel ob *rem frugiferam* nondum soluto pretio traditam, qui casus præcipuè in præsenti quæstione attenditur, hæc statui possunt. 1° Creditor, licèt alteri transferat suum creditum, non amittit jus auctarium percipiendi. Nam jus illius fundatur, ubi agitur de dote, in promissione facta ratione onerum matrimonii ; ubi verò de re frugifera, in eo quòd non teneretur eam emptori tradere ante solutum pretium : porrò illi tituli subsistunt, quamdiu suæ obligationi non satisfecit debitor, qui non debet fructum percipere ex conventione quam creditor iniit cum cessionario. 2° Cessionarius non potest acquirere creditum et jus ad auctarium solvendo tantùm summam capitalem. Nam valor crediti certi est summa in eo contenta : valor auctarii est summa ipsi proportionata secundùm probabilitatem solutionis. Hoc posito, vel illa cessio habetur ut venditio, vel ut mutuum : si sit venditio, violatur æqualitas, cùm cessionarius acquirat creditum et jus ad auctarium, et non solvat nisi valorem crediti. Si sit mutuum, aderit usura in auctario percepto ; et ille est modus magis obvius quo intuenda est illa conventio. Igitur si cessionarius non solverit nisi summam capitalem, et percipiat auctarium, restituere tenebitur cessori seu creditori : si verò solvat cessori pretium proportionatum, poterit auctarium percipere; licèt enim ex seipso titulum non habeat, justè acqui-

sivit jus quod cessori suo competebat ad hoc auctarium.

3. Si auctarium debeatur titulo *damni emergentis* aut *lucri cessantis*, vel, non obstante cessione, damnum emergit aut lucrum cessat, v. g., quia nonnisi consequenter ad illa fit cessio, vel per cessionem impeditur damnum aut cessatio lucri. In priori casu, cessor servat jus ad auctarium : potest etiam illud transferre cessionario, et ejus habitâ proportione augendum est pretium crediti, ut facilè ex dictis intelligitur. In posteriori casu, si conventum fuisset de auctario hypotheticè tantùm, id est, posito quòd damnum eveniret, cùm de facto damnum non eveniat, auctarium non debetur : si verò conventum fuisset absolutè et ad omnem eventum, putaremus nihilominus deberi, ratione periculi quod nihilominus subiit creditor.

4. Si auctarium debeatur ex *pœna conventionali*, vel ex *sententia judicis* in opinione eorum qui hunc titulum admittunt, distinguendum est. Si, quando fit cessio, debitor sit jam in mora, jus est acquisitum creditori, ac proinde potest illud alteri transferre, ipsique debetur pretium pro illo auctario independenter a summa capitali. Si verò debitor nondum sit in mora, cùm cessor non ampliùs remaneat creditor, non videtur jus servare ad auctarium ; sed cùm in ejus locum subrogetur cessionarius, qui moram debitoris, si adsit, patietur, putamus ipsum posse auctarium, casu occurrente, exigere, nec ullum ideo pretium debere suo cessori præter summam capitalem, cùm penès ipsum solum reperiatur titulus.

588. II. *De commercio chirographorum*, gallicè Escompte des billets. — Si negotium perficiatur inter debitorem seu subscriptorem chirographi et creditorem, nil aliud est quàm solutio anticipata debiti ; ac proinde applicari debent quæ ea de re diximus (n° 576). Sed sæpe chirographa venduntur extraneis ab iis in quorum gratiam sunt subscripta ; et quidem minori pretio ratione temporis quod adhuc superest usque ad terminum solutionis : illud propriè vocatur *Escompte des billets*. Jam verò pro certo statuit Pothier, hic nil aliud adesse in rei veritate quàm mutuum implicitum ; ac proinde lucrum ab emptore per-

ceptum non minùs injustum esse et usurarium quàm lucrum directè perceptum vi mutui, nisi adsit titulus extrinsecus. Hodie plures jurisperiti ibi pariter agnoscunt mutuum implicitum, ideoque applicant legem de taxatione auctarii ; sed multi aiii contradicunt. Ut quæstio solvatur pro foro conscientiæ, multiplici opus est distinctione.

1° Si chirographa sint *incerta et litigiosa*, licet ea minori pretio emere. Illud admittitur, non solùm ab omnibus qui in mutuo legitimum existimant titulum periculi, sed a multis aliis. Ratio est, quia tunc non tam emitur summa, quàm spes ad illam : porrò spes ilia non tanti valet ac res ipsa sperata, ut patet. Illudque verum videtur etiamsi hujusmodi debita propter circumstantiam emptori specialem sint quoad ipsum certa et solutu facilia ; pretium enim ex communi æstimatione determinandum est, et ex debitorum qualitate, ut ita dicam, in se spectatâ, non verò in ordine ad aliquem privatum.

2° Si chirographa *dirigantur ad urbem extraneam*, satis communiter dicitur ea emi posse pretio currenti : applicanda sunt quæ diximus *de Cambio* (n° 539 et seq.)

3° Si dirigantur *ad eamdem urbem*, et emantur *a privatis* seu aliis quàm bancariis, non desunt qui dicant purè et simpliciter ea emi posse minori pretio, quia in communi æstimatione minoris æstimantur, et, ut dicitur in jure, *Minus est habere actionem quàm rem.* Alii id dicunt solummodo quoad chirographa quæ vocant *commercii*, id est, quæ in platea (*sur la Place*), seu in foro argentario (*à la Bourse*) venalia exponuntur : tum quia illa chirographa sunt veluti merces ; ita communiter judicantur, et eorum pretium crescit vel decrescit pro variis circumstantiis, quemadmodum pretium cæterarum mercium : tum quia nulla fit injuria venditoribus ; etenim sperare nequeunt quemquam ea empturum esse supra currens pretium ; ergo ipsorum interest ut pretium illud augeatur : porrò eo magis augebitur, quò plures erunt ementes ; ergo qui emunt nullam inferunt injuriam. Alii demum, quamvis agnoscant hanc opinionem esse probabilem, docent non posse sinè injustitia emi minori pretio. Ita **Molina**, dicens esse

communem doctorum ; LESSIUS, DE LUGO, dicens esse communem et veram ; SALMANTICENSES, BILLUART, ANTOINE, COLLET, et alii multi. Ratio est, quia non servatur æqualitas : jus enim liquidum et certum ad mille nummos recipiendos sinè difficultate et sumptibus, valet mille nummos : nec mille nummi certò solvendi minoris valent quàm mille nummi præsentes. Et verò hujusmodi contractus omnino æquivalet mutuo implicito, in quo percipi nequit auctarium nisi adsit titulus extrinsecus. Hanc sententian suadendam esse ut communiorem et tutiorem agnoscit S. LIGUORI : observat tamen, in praxi, juxta multos hujus patronos, vix occurrere debita quæ careant omni periculo, vel molestiâ aut sumptibus. Id plerumque verum est, sed non semper : aliquando enim verè abest omne periculum, saltem pretio æstimabile. Huic etiam sententiæ subscribimus : nec refert quòd chirographa sint, ut dicitur, *in Platea;* id non mutat eorum naturam : est semper vel mutuum implicitum, vel venditio : si mutuum, percipitur lucrum sinè titulo : si venditio, deest æqualitas. Admissis autem rationibus quæ afferuntur in contrarium , jam excusaretur ipsa usura.

4° Si emantur a *bancariis*, seu ab iis qui tale commercium exercent, aliud dicendum videtur, quia adsunt peculiares rationes : ut evolvit TROPLONG, bancarius multas expensas faciendas habet, et sæpe ipse auctarium solvere cogitur, ut præstò sint summæ his qui chirographa vendere volunt persolvendæ; insuper in commercio illo pecuniario qui vacat varia pericula incurrit, ne scilicet quando chirographi solutionem obtinebit minùs utiliter possit summam hanc adhibere, et plura alia hujusmodi, quorum ratio habetur ad determinandum pretium, ut dicitur, *de l'Escompte :* uno verbo, iidem ferè tituli occurrunt quos vidimus pro campsoribus. Unde, concludit idem auctor, adsunt hîc elementa alterius generis ac in mutuo : asseritque pro ea sententia omnino stare jurisprudentiam, etiam Curiæ supremæ. An autem et quatenus possit ideo exigi auctarium supra taxationem legis , opportuniùs expendemus ubi de ea taxatione (n° 602).

589. III. *De negotiatione censuum publicorum*, Gallicè *des* OPÉRATIONS SUR LES FONDS *ou* EFFETS PUBLICS. — Eo nomine (*Fonds publics*, *Effets publics*) designantur non solùm census publici (*Rentes sur l'État*), sed et credita super institutis publicis, vel societatibus a Gubernio approbatis (*Actions de la Banque*, *Obligations de la Ville de Paris*, *Actions des Compagnies d'assurance*, etc.), vel etiam super regnis extraneis (*Emprunt Romain*, *Rentes de Naples*, etc.). Hæc venalia exponuntur in foro argentario, et de his multæ ineuntur conventiones, plus minùsve implicatæ, quæ dicuntur *Opérations de Bourse*, de quarum legitimitate judicare aliquando satis difficile est. Haud inutile erit principia exponere ex quibus ferendum est judicium. Agemus seorsim de censibus publicis, et de actionibus variarum societatum.

I. *De negotiatione censuum publicorum propriè dictorum* (RENTES SUR L'ÉTAT). — Si agitur tantummodò de emptione horum censuum, prout fit ab eo qui intendit pensiones annuas successivè percipere, nulla est peculiaris difficultas : applicari possunt quæ diximus de censibus generatim spectatis (n° 528). Licet emere pretio currenti. Illa emptio, ex art. 76 Cod. comm., fit per ministerium proxenetarum qui dicuntur *Agents de change*, quibus ideo debetur modicum salarium : emptori traditur titulus, qui nihil aliud est quam inscriptio censûs (*Inscription de rente*), cujus ope percipiet ex ærario publico pensionem quolibet semestri per dimidiam partem solvendam.

Sed majores exsurgunt difficultates, si agatur de iis quæ vocantur *Opérations de spéculation*, quibus nempe aliquis successivè emit et vendit ad obtinendum lucrum. Ad duo genera reducuntur : *Opérations à la hausse*, quando quis emit minori pretio, ut postea vendat majori ; *Opérations à la baisse*, quando vendit majori pretio, ut postea emat minori. Sed utrumque fieri potest variis modis : scilicet aliquando conventio fit statim exsecutioni mandanda, aliquando ad terminum, etc. De tribus præcipuis modis nonnulla dicemus, qui ex usu recepto vocantur *Opérations au comptant*, *Marchés à terme*, *Reports*.

1° *De negotiatione censuum*, ut dicitur, AU COMPTANT. — Intelligitur venditio in qua census statim tradendus est, per oppositionem ad venditionem ad terminum, in qua census non traditur nisi elapso termino ; cæterùm usu receptum est ut semper pretium solvatur statim ac census traditur, nec conceditur dilatio.

Pretium censuum multis exponitur variationibus, quæ ortum ducunt sive a vulgari opinione circa statum plus minusve securum et prosperum rei publicæ, sive ex majori minorive numero venditorum vel emptorum, sive ex multis aliis circumstantiis, quæ aliquando ne ipsis quidem peritioribus sunt clarè perspectæ. Qui ergo securiùs agere volunt, conventiones ineunt et statim exsequuntur ; sic modico exponuntur periculo : si enim quando sperabant augendum pretium, contrà minuatur, habent præ manibus censum ipsum, et interim, donec occurrat occasio sperata, percipient pensionem annuam ; si quando sperabant minuendum pretium, augeatur, servant suam pecuniam.

Facilè intelligitur talem negotiationem nihil injusti præ se ferre, modò emptio et venditio fiant pretio currenti. Sed si quis falsos rumo-

res spargat, vel alias vias fraudulentas adhibeat, ut pretii cursum pro suo lucro determinet, agnoscunt omnes eum esse reum injustitiæ; imò gravibus pœnis plecti potest ex Codice pœnali, art. 419.

590. — 2° *De negotiatione censuum ad terminum* (Marchés a terme). — Eo nomine designatur conventio quæ exsecutioni mandari non debet nisi post quoddam tempus determinatum, id est, juxta usum, in fine mensis currentis, vel mensis proximi. Si illæ conventiones ita ineantur ut non sit penès alterutrum e contrahentibus eas resolvere quando elapsus est terminus, vocantur *Marchés fermes*. Sed aliquando potest quilibet e contrahentibus conventionem dissolvere, relinquendo alteri modicam pecuniæ summam de qua conventum fuit, quæ dicitur *Prime;* tales conventiones dicuntur *Marchés libres*, vel *Marchés à prime*. Hujusmodi negotiationes ad terminum multò frequentiores sunt quàm eæ quæ dicuntur *au comptant*. Sæpe fiunt quin habeantur præ manibus census qui venduntur, et tunc vocantur *Ventes à découvert*. Legaliter recurrendum est ad ministerium proxenetarum (*Agents de change*). Sed de facto conventiones sæpe ineuntur vel per personas quibus tale officium legaliter non competit, sed qui illud indebitè usurpant (vulgò vocantur *Marrons*), vel immediatè ab iis quorum interest (ii dicuntur *Coulissiers*) : tunc nulla suppetit via juridica quâ unus e contrahentibus alterum compellat vel ad tradendum censum, vel ad solvendum pretium : unde inter eos inest conventio tacita, ut elapso termino conventio dissolvatur per conventionem contrariam, adeò ut nihil aliud fiat quàm compensatio diversitatis pretii quod census habuit utroque tempore, solvendo id quod vocant *la Différence;* solvit venditor, si pretium auctum fuerit; emptor verò, si imminutum. Unde intelligitur tales conventiones non verè et seriò iniri; non enim adest vera venditio : adsunt tantùm, ut dicunt jurisperiti, *des Marchés fictifs*, seu, ut vulgò dicitur, *des Jeux de Bourse*. Iis sæpe accedunt variæ conventiones accessoriæ, sive reales, sive simulatæ, ut inducantur pretii augmentum vel imminutio merè fictitia. Hinc quod vocant *l'Agiotage :* unde maxima mala imminere nimis frequens comprobavit experientia; sequuntur enim generatim infausta consectaria quæ inducere solet ludi libido; imò hìc faciliùs dilabuntur fortunæ tum ludentium, tum sæpe aliorum quorum fortuna connectitur cum pretio currenti censuum publicorum.

Ut judicium feratur de iis conventionibus, expendendæ sunt tum ex parte pretii, tum ex parte modi quo ineuntur.

1. *Ex parte pretii.* Ordinariè majus est pretium censûs ad terminum : unde videri posset augeri pretium ratione dilatæ solutionis, ac proinde adesse quamdam speciem usuræ ex antea dictis (n° 574). Verùm non ita se res habet. Eodem tempore, ut diximus, fiet traditio rei venditæ seu inscriptionis, et solutio pretii; non fit proinde venditio quæ vocatur *à crédit*. Augmentum pretii oritur primùm naturaliter ex eo quòd quolibet mense propior fiat terminus solutionis ab ærario publico peragendæ, ut diximus, quolibet semestri; deinde ex aliis causis quæ influunt in pretium censuum publicorum, et speciatim ex eo quòd multi sint qui, ut dicitur, *spéculent à la hausse*. Igitur ex parte

pretii nulla apparet injustitia, et securus esse potest qui vendit aut emit pretio currenti, et exinde lucrum percipit, quemadmodum fit in commercio ordinario.

2. *Ex parte modi* quo iniri possunt hujusmodi conventiones, triplex quasi gradus in iis distingui potest. — 1° Si venditor census verè jam inscriptionem habeat, nec tamen possit statim tradere, v. g., quia ille titulus est in loco remoto, vel sub sigillo *(sous le scellé)*, etc., et velit nihilominus statim vendere quia timet imminutionem pretii, nil certè obstat quin vendat ad terminum. Pariter si quis summam pecuniæ post aliquod tempus certò recepturus, velit statim censum emere quia timet augmentum pretii, nil pariter obstat quin emat ad terminum. Conventiones ad terminum, in talibus circumstantiis initæ, sunt omnino consentaneæ principiis juris, et æquitati. — 2° Si venditio fiat, ut dicitur, *à découvert*, sed tamen seriò ineatur, quia nempe venditor habet facultatem et voluntatem sibi comparandi censum quem possit tradere tempore statuto, nihil pariter occurrit in ea conventione alienum a principiis generalibus contractuum : ut enim vidimus (n° 374), in materiis commercii vendi potest res nondum ad venditorem pertinens; et illud fit quotidie circa alias merces : nihil autem reperitur in censibus publicis, quod obstet quin idem circa illos fieri possit. Idem dicendum de emptore qui nondum habet pretium, sed cui suppetit medium illud habendi in tempore opportuno. — 3° Demum si conventio ineatur ab iis qui optimè nôrunt sibi non competere facultatem tradendi censum, nec pretium solvendi, tunc satis apertum est non esse nisi venditionem fictitiam, et pactum reduci ad meram sponsionem ; ac proinde applicanda sunt quæ diximus *de Sponsione* (n° 492). Idem dicendum quando reipsa contrahentes nil aliud intendunt quàm hanc sponsionem, etsi aliunde ipsis suppeteret medium habendi censum et pretium : actus enim non operantur ultra intentionem agentium. Contra hujusmodi conventiones diriguntur variæ leges sive olim, sive recentioribus temporibus latæ, quæ multis discussionibus locum dederunt tum inter auctores, tum coram tribunalibus, et quæ ultimatè reducuntur ad art. 421 et 422 Cod. pœn. Observant autem jurisperiti raró tales esse conventiones quæ ineuntur a proxenetis legalibus ; quamvis pluries de facto resolvantur in solutionem *differentiæ*, sive ob concursum venditorum et emptorum ex quo exsurgit compensatio, sive quia aliquis e contrahentibus non potest, aut non vult implere suam obligationem.

591. — 3° *De conventionibus circa census* quæ dicuntur REPORTS. — Ex conventione de præsenti et conventione ad terminum, vel ex duabus conventionibus ad diversum terminum simul compositis, orta est hæc nova species. Scilicet ordinariè, ut diximus, majus est pretium census ad terminum quàm de præsenti : qui ergo pecuniam penès se habet potest emere censum de præsenti, et statim vendere ad terminum, et sic lucrum consequi; lucrum illud, seu diversitas inter utrumque pretium, vocatur *le Prix du report*, vel simpliciter *le Report*. Aliquando tamen, præsertim temporibus commotionum politicarum, minus est pretium ad terminum quàm de præsenti : qui penès se habet inscriptionem potest tunc vendere de præsenti, et emere ad terminum,

et sic pariter lucrum consequi. Igitur generatim ineuntur illæ conventiones ab iis qui volunt lucrum educere e pecunia quam hic et nunc habent otiosam, sed quæ post breve tempus ipsis erit necessaria; vel ab iis qui, inscriptiones censuum præ manibus habentes, volunt earum ope pecuniam ad breve tempus sibi comparare. Sed plerumque connectuntur cum aliis conventionibus præcedentibus, et ineuntur ab iis qui, ut dicitur, *speculent sur les fonds publics*. Varios illarum conventionum modos exponere non vacat. Observant jurisperiti eas non esse ex natura sua mere fictitias, nec proinde iis applicari ea quæ dicuntur de conventionibus ad terminum. Attamen aliquando, ni fallimur, tales sunt et pro objectu habent solummodo, ut dicitur, *les différences :* cùm nempe dirigantur præcipuè ad protrahendas conventiones jam initas, pro objecto habere possunt vel conventiones reales et serias, vel conventiones solummodo fictitias; pro alterutra igitur hypothesi, applicabuntur, vel non applicabuntur, quæ de istis diximus.

Inquirendum superest an istiusmodi conventiones aliquid usurarium aut injustum includant. Primo intuitu videri posset nihil esse illegitimum : tota enim conventio efformatur ex duobus contractibus, emptione nempe et venditione, quæ cùm fiant justo pretio, nec usuram, nec injustitiam includunt; et revera si fierent cum duabus personis diversis, nemo usuræ aut injustitiæ argueret. Verùm ea ratio non sufficit : ex iis enim quæ diximus *de Contractu mohatra* (n° 578) et etiam *de Contractu trino* (n° 580) intelligi datur, justas esse posse conventiones cum duabus personis, imò cum eadem persona successivè tantùm initas, quin ideo justæ sint, si cum eadem persona simul ineantur: expendendum ergo est, quid in præsenti casu dicendum. Duo casus distinguendi videntur, prout nempe lucrum percipitur ab eo qui sub ministrat pecuniam, vel ab eo qui subministrat inscriptionem censûs.

1. Quando lucrum percipitur ab eo qui subministrat pecuniam (qui est casus ordinarius), videtur dicendum conventionem esse omnino similem contractui *mohatra*, nec ab usura excusari posse. Quando enim emo censum pro 100 fr. numeratâ pecuniâ, eo pacto ut venditor statim a me emat ad finem mensis pro 100 fr. 25 c., ibi in rei veritate et in nostra intentione nihil aliud est quàm mutuum 100 fr. cum auctario 25 c. Pariter si Petrus mihi debeat pro inscriptione quam illi vendidi ad finem mensis currentis 100,000 fr., et factus interim solvendo impar a me obtineat ut conventio protrahatur ad finem mensis proximi, soluto mihi pretio (*le report*), nil aliud est ex mea parte quàm dilatio solutionis, seu mutuum implicitum, pro auctario mihi persoluto.

2. Quando lucrum percipitur ab eo qui subministrat inscriptionem (qui casus raró occurrit), non est quidem usura, cùm idem ipse lucrum percipiat qui pecuniam recipit : sed valde dubium est an justè possit et pecuniam accipere quasi in securitatem inscriptionis suæ recuperandæ, et simul lucrum exigere. Qui enim vendit censum pro 100 fr. numeratâ pecuniâ, eo pacto ut simul redimat pro 99 fr. 75 c. ad finem mensis, quid aliud agit nisi quòd reipsa vendit pro 100 fr. 25 c.? Onus quod imponit est in sui gratiam, et ab altero contrahente non acceptatur nisi ex necessitate in qua versatur obtinendi inscriptionem quâ

indiget; ergo reipsa fit venditio supra justum pretium. Fieri quidem potest ut si interim pretium augeatur, alter non possit inscriptionem tradere elapso termino : sed tunc adversùs eum recursum habebit pro indemnitate recipienda; et si verè adsit periculum ne eam obtinere nequeat, tunc agnoscemus dari posse titulum auctarii; sed non putamus rem ita se habere communiter, ita ut id statui possit tanquam regula generalis.

592. II. *De conventionibus circa* ACTIONES VARIARUM SOCIETATUM. Quando instituitur aliquod negotium quod majorem pecuniæ copiam requirit quàm ut ab uno privato subministrari possit, efformatur societas plurium, quorum unusquisque aliquam pecuniæ summam confert. Hinc exsurgit societas anonyma, quæ vocatur *Compagnie*, quando agitur de rebus magni momenti; summæ sic collatæ efficiunt fundum socialem, qui dividitur in varias partes quæ dicuntur *Actions;* qui has possident jus habent ad partem lucri proportionatam quæ vocatur *Dividende*, prout jam antea diximus (n° 467). Inter hujusmodi societates eminet societas argentaria quæ dicitur *la Banque de France:* multæ efformatæ sunt etiam societates assecurationum (*Compagnies d'assurances*); multæ recentioribus temporibus societates pro viis ferreis (*Compagnies des chemins de fer*), et pro multis aliis objectis. Harum actiones venales exponuntur in foro argentario sicut census publici, et pretium indicatur in diariis publicis. Exponendum ergo habemus quid sentiendum sit de variis conventionibus quæ circa eas ineuntur.

Si spectetur ipsarum *conventionum natura*, cùm possint iniri iisdem modis ac circa census publicos, nempe vel de præsenti, vel ad terminum, etc., applicanda sunt quæ de istis diximus. Sed si inspiciamus ipsas *actiones* quæ sunt conventionum objectum, aliquid peculiare occurrit. Actio haberi debet ut *pars societatis ;* unde sequitur eum qui habet actionem esse, ut aiunt, *coproprietarium* fundi socialis. Eam notionem exhibent jurisperiti omnes et pro inconcussa habent. Igitur qui emit actionem non præstat mutuum, nec proinde committere potest usuram : sed neque fit emptor pensionis annuæ, instar ejus qui emit censum, cùm actio valde differat a censu. Igitur emit, si ita loqui possumus, partem societatis, jus ad partem lucrorum societatis actioni aut actionibus suis proportionatam. Pars illa seu jus illud habet majus vel minus pretium, prout majus aut minus lucrum speratur, et pro variis aliis circumstantiis quæ in pretii determinationem influere possunt : unde qui emit pretio currenti, sub eo respectu nullam committit injustitiam. Sed ut possit tutâ conscientiâ lucrum percipere (*toucher son dividende*), necesse est ut lucra e quibus educitur sint justa et honesta; alioquin cùm sit socius lucri, socius esset et injustitiæ. Ut ergo ultimatè judicium feratur, dignoscendum est quænam sint viæ quibus in variis societatibus de quibus moveri potest quæstio lucrum comparetur : quod perspectum esse poterit ex earum statutis. Aliqua securitas haberi potest ex eo quòd statuta illa debeant approbari a Gubernio : id unum forsan timeri posset, ne inter media comparandi lucrum, aliquid immisceatur usurarium; quod dijudicabitur ex principiis quæ hìc passim exponimus.

593. Si agatur de variis societatibus efformatis recentioribus temporibus sub nomine *Banques de prévoyances*, *Agences de placement*, etc. generatim pro legitima habetur collocatio pecuniæ in his peracta ad obtinendum lucrum, majus minusve, sive statim percipiendum, sive in futurum tempus reservandum in partem vel in totum, et etiam aliquando in gratiam posterorum aut hæredum. Dicimus *Generatim*, quia tantus est earum societatum numerus, tam diversa earum statuta, tam varia etiam media quibus lucrum sibi comparant, ut nihil modo absoluto pronuntiari possit. Generatim ergo loquendo, earum administratores pecunias a plurimis collatas, quæ singulatim vix possent ad usus fructiferos adhiberi, ipsi adhibent ad emendos census publicos, vel aliis viis ex iis lucrum educere conantur : unde sunt veluti mandatarii aut negotiorum gestores eorum qui pecunias conferunt. Ex hac autem plurium collatione commoda diversi generis exquiruntur. Aliquando id præcipuè intenditur, ut pecunia, licèt alienata in perpetuum, ut in censibus, vel saltem ad longum tempus ut in diversis negotiis, possit tamen restitui ad nutum eorum qui eam contulerunt : quod quidem eatenus obtinetur quatenus venditur, v. g., pars censûs proportionata, vel pecuniam repetenti subrogatur alter qui pecuniam et ipse confert, sicque fit quasi virtualis venditio. Aliquando id sibi proponunt pecuniæ collatores, ut modico aut etiam nullo lucro in præsens percepto, majus postea percipere possint, v. g., in senectute sua, vel etiam aliquando posteris sive hæredibus relinquere : scopus autem ille attingitur, sive quatenus lucrum hìc et nunc relictum penès societatem, vel pars illius, successivè adhibetur novi capitalis instar, sicque per viam, ut dicitur, *des intérêts composés*, proportione mirabiliter promptâ adaugetur; sive quatenus e certo numero personarum quæ pecunias contulerunt efformantur quasi societates novæ peculiares, e numero earum, quæ vocantur *Tontines*, unde fit ut pars redituum quæ debebatur præmortuis percipiatur a superstitibus, et capitale seu summa collata vel iisdem superstitibus pariter tribuatur, vel, omnibus defunctis, transeat ad hæredes uniuscujusque ex iis qui contulerunt.

Jam verò, modò pecunia non adhibeatur in usus illcitos, v. g., in usurarium mutuum, facilè intelligitur ex dictis varia commoda mox indicata justè et legitimè obtineri posse. Quòd enim ii qui pecuniam contulerunt possint eam recuperare pro nutu aut certis temporibus, id non impedit quominus verè eam alienaverint, cùm recuperent, non per restitutionem ut in mutuo, sed per venditionem censûs, aut cessionem juris alteri factam, ipsâ societate annuente et favente : unde nec committi usuram, nec injustitiam, meritò docent D. Bouvier, et alii theologi recentiores.

Inter varias illas societates mentionem specialem requirunt quæ dicuntur *Caisses d'Epargnes* : de iis dicemus ubi *de Dispositionibus legis civilis* circa auctarium (n° 606).

594. VII° De mutuo *quod dicunt* negotiationis.

Quidam docuerunt contractum quo pecunia datur ad negotiationem, quem vocant *Mutuum negotiationis*, gallicè

Prêt de commerce, esse speciem mutui diversam ab eo quod vocant consumptionis; imò non desunt qui dicant illum non esse propriè mutuum, sed contractum diversum, quem alii vocant *Commissæ pecuniæ,* alii variis aliis nominibus : unde docent eum non includi sub prohibitione generali usuræ, quæ non attingit nisi lucrum perceptum vi mutui propriè dicti. Ita inter alios La Luzerne.

Contra eos probandum habemus, *per prohibitionem usuræ attingi ipsum mutuum negotiationis :* quod ostendemus primùm ex Benedicto XIV; deinde ex aliis quæ attulimus argumentis summatim spectatis.

Argumentum I^um^. *Ex decisione Benedicti XIV.*—Hujus decisionis auctoritatem jam satis ostendimus (n° 551) : nec declinari potest sub eo prætextu quòd solutio quæstionis pendeat a principiis merè philosophicis, nempe utrùm contractus quem vocant mutuum negotiationis sit verum mutuum, necne; Ecclesia enim, declarando usuram esse prohibitam, necessariò auctoritatem habet declarandi utrùm talis vel talis contractus includat usuram; alioquin illusoria esset illius definitio, nec Christus ipsi concessisset quidquid necessarium est ad mores fidelium informandos. Sufficit ergo ostendere eam decisionem attingere lucrum ex ipso mutuo quod dicitur negotiationis. Porrò illud multiplici viâ ostendimus. — 1° Ex *ipsamet Encyclica.* Declarat S. Pontifex, § 3, n° II, *Ad usuræ labem purgandam nullum arcessiri posse subsidium, ex eo quòd is a quo id lucrum....* (p. 406). Jam verò illa verba ita aperta sunt, ut dici possit neminem esse qui, si ea expendat ab omni præjudicio liber, non intelligat in sensu nostræ assertionis. Nisi ita intelligantur, dicendum erit ea non respicere nisi casum quo datur negotiatori verum mutuum, non verò quando fit alter ille contractus quem adversarii vocant mutuum negotiationis : atqui posterius dici nequit; nam Benedictus XIV apertè supponit adesse mutuum et usuram, etiam quando ille qui pecuniam accepit eam adhibiturus est in usum incrementi; et vana ac illusoria esset hujus decisio, si quotiescumque traditur pecunia in usum fructiferum adhibenda iniri posset prætensus ille contractus. — 2° Ex

opere *de Synodo diœcesana*. Non melior haberi potest interpres Encyclicæ quàm liber *de Synodo*, tum quia ad auctorem illius præcipuè pertinet explicare quid intenderit et definiverit, tum quia ad illum librum pluries remisit Sedes Apostolica, sive ad dilucidationem Encyclicæ, sive tanquam ad fontem unde haurirentur doctrinæ et regulæ quarum ductu dirimi possent exortæ quæstiones. Porrò si quod dubium ex Encyclica superesse posset, per præfatum librum tollitur. Nam BENEDICTUS XIV, nº III, inter errores recenset sententiam quæ distinguit inter mutuum consumptionis et mutuum negotiationis, et postquam multis refellit eam distinctionem quam asserit, nº IV, ab hæreticis primùm excogitatam, ait, nº IX, meritò eam fuisse confutatam a multis auctoribus, inter quos recenset GAITTE, COLLET, et alios qui apertè mutuum negotiationis impugnârunt; deinde addit, nº X : *Verùm quoniam.... prædictam exoticam opinionem nonnulli iterum refricare non dubitârunt, propterea Nos ad Petri cathedram evecti*, etc.; et tandem, nº XI : *Quamobrem si jampridem aliquot episcopi*, inter quos recenset card. LECAMUS, et BOSSUET cujus satis nota sententia, *præfatam proscripserant erroneam opinionem..., multò magìs integrum nunc erit episcopis illam*, etc. Ex his patet reprobatam esse sententiam quam hic impugnamus, cùm ea ipsa sit quam exponit BENEDICTUS XIV, quam confutârunt auctores ab eo citati, et damnârunt episcopi ab ipso indicati. Ergo, etc. — 3º Ex *Instructione* data jussu ejusdem BENEDICTI XIV P. FELICI, missionario in Africa : ibi ita exponitur Encyclica, ut non liceat lucrum percipere ex pecunia data negotiatori, nisi ineatur alter contractus, censûs, cambii veri, aut veræ societatis, vel adsint tituli extrinseci; et postea declaratur non posse adesse societatem, quando assecuratur mutuanti sors reddenda et certa pars lucri. Porrò hæc omnino repugnant sententiæ adversariorum.

Confirm. Ex *vanitate explicationum* ad quas confugere coacti sunt adversarii quos hic impugnamus. Sic ROSSIGNOL plura profert quæ ultimatè ad istud reducuntur : voluit S. Pontifex talem decisionem ferre; postea existimavit se eam tulisse : et tamen, Deo mirabiliter

providente, reipsa non tulit! Nonne desperata haberi debet causa quæ in talia responsa patronos adducit? Audiamus La Luzerne : « Benoît XIV croit qu'on peut faire un *mutuum* à un négociant pour » le commerce en grand; et je ne conçois pas trop comment il l'entend... Comme il ne s'explique pas sur ce point, nous ne pouvons » pas deviner quelle est son idée. » Talia proferre nihil aliud est, ut nobis quidem videtur, quàm se victum fateri. Denique Mastrofini valde commendat Encyclicam : « Parmi tous les rescrits des papes, » il n'en est peut-être aucun qui présente d'une manière moins équivoque les caractères d'une instruction universelle sur toute cette » matière, et obligatoire pour l'Eglise, que l'Encyclique de Benoît » XIV. » Sed quando agitur de assequendo illius sensu, non solùm sibi metipsi contradicit, cùm contendat in ea *instructione universali* nihil definiri circa illud solum quod in controversiam veniebat; sed ita loquitur, ut qui legerit quæcumque habet de Benedicto XIV mirari non debeat unum ex auctoribus qui contra illum in Italia scripserunt id unum expetiisse, ut attentè legeretur Encyclica; et persuasum habuisse lectori manifestum fore eatenus inveniendam esse in ea doctrinam Mastrofini, quatenus ista adhiberetur regula : quando dicitur omnem usuram esse injustam, intelligendum est non omnem usuram esse injustam : quando dicitur illicitam esse usuram etiam moderatam, intelligendum est illicitam esse solam usuram immoderatam, etc.

595. *Obj.* Quædam tamen opponunt adversarii ex ipsa Encyclica, unde ostendere conantur in ea non reprobari mutuum negotiationis.

Ut eorum objectiones præcaveantur, satis erit exponere quænam in his fuerit vera mens Benedicti XIV.

1° Benedictus XIV declarat, § 6, se nihil in præsenti statuere *de contractu qui novas has controversias excitaverat*, scilicet de mutuo ab urbe Verona inito, *nempe an quidam contractus validus judicari debeat,* ut ipse ait ab initio Encyclicæ : non pronuntiat circa illud speciale mutuum, id est, utrùm in casu peculiari legitimè initum foret, necne. Illud satis indicat, dum suæ agendi rationis illud motivum affert, § 2, quòd *plura documenta non suppeterent quæ necessariò ad id requirebantur :* si enim actum fuisset, ut volunt adversarii, de censu redimibili speculativè considerato, vel de contractu trino, aut de mutuo negotiationis generatim, ad pronuntiandum non deerant documenta, cùm ipse dicat, § 4 : *Apertissimè cognovimus auctores...*

2° Declarat pariter Benedictus XIV, § 6, se nihil decernere *modò de aliis contractibus, pro quibus theologi et canonum interpretes in diversas abeunt sententias :* et § 3, n° III, *posse quandoque unà cum mutui contractu concurrere quosdam alios,* ut aiunt, *titulos...,* vel *posse multoties pecuniam ab unoquoque suam per alios diversæ prorsus naturæ a mutui natura contractus rectè collocari et impendi, sive ad proventus annuos sibi conquirendos, sive etiam ad licitam mercaturam et negotiationem exercendam honestaque indidem lucra percipienda.* Porrò contendunt adversarii his verbis includi mutuum negotiationis, aut saltem censum redimibilem vel contractum trinum, a quibus non differt illud mutuum. — Verùm satis ostendunt probationes allatæ Bene-

dictum XIV judicium tulisse de mutuo negotiationis; alioquin nihil prorsus effecisset, et ejus decisio controversiam reliquisset in eodem prorsus statu in quo erat antea : de cæteris autem contractibus eatenus non pronuntiavit quatenus non judicavit eos recidere vel non recidere in mutuum negotiationis; sed nihil ostendit eum loquendo de variis lucrandi modis quos licitos supponit intendisse contractum trinum, aut censum redimibilem : aliunde novimus quid de iis senserit, ut jam retulimus (n^is 580 et 583); et iis etiam contractibus remotis, supersunt quibus verba illius applicentur, cambium, census qui rectè designatur per illa verba, *Ad proventus sibi annuos conquirendos*, societas simplex cui rectè congruunt verba sequentia, *Ad licitam mercaturam et negotiationem exercendam*, et alii qui fiunt in commercio.

Cæterùm ut pleniùs solvantur objectiones, et elucidentur quæcumque in hoc § diximus, quædam notabimus. Existunt plures contractus qui magnam habent cum mutuo negotiationis similitudinem; tales sunt in primis census ex utraque parte redimibilis, et contractus trinus. Eos reipsa non differre admittunt multi, sive ex iis qui favent mutuo negotiationis, sive ex iis qui illud rejiciunt. De his contractibus absolutè non pronuntiavit Ecclesia, ut vidimus. Exinde argumentum deducunt illi quos impugnamus, et dicunt : *Benedictus XIV non damnavit illos contractus; ergo nec mutuum negotiationis*. Alii ipsis aliquando reponunt : *Benedictus XIV damnavit mutuum negotiationis; ergo et illos contractus* : alioquin, inquiunt utrique, Benedictus XIV sibi contradiceret, ac proinde nihil ex ejus auctoritate contra nos concludi posset. Circa hoc argumentandi genus, hæc advertenda sunt. Ut quædam opinio damnata aut approbata intelligatur per alterius condemnationem aut approbationem, requiritur ut auctoritas quæ eam damnavit aut approbavit simul pronuntiaverit eamdem esse utramque : illud per se patet, et multis exemplis elucidari posset. Unum afferre sufficiat. Multi theologi propugnant gratiam efficacem quam admittunt Thomistæ reipsa non differre a delectatione victrici Jansenianorum. Si quis tamen ita argumentaretur : *Ecclesia damnavit delectationem victricem Jansenianorum, ergo et gratiam efficacem Thomistarum*; vel contrà : *Ecclesia non damnavit gratiam efficacem Thomistarum, ergo nec delectationem Jansenianorum*, ille malè prorsus concluderet, quia nempe Ecclesia nihil pronuntiavit de identitate inter gratiam Thomistarum et delectationem Jansenianorum. Pariter in præsenti materia plures sunt contractus de quibus non declaravit Ecclesia, seu Benedictus XIV, an idem includant ac mutuum negotiationis; igitur ut judicium feratur de theologis qui illos varios contractus tuentur, expendendum est an agnoscant similitudinem, necne : in priori casu, dicendum eos propugnare opinionem reprobatam a Benedicto XIV; in posteriori, impugnari possunt quidem ex illa condemnatione per viam consequentiæ, sed accusari nequeunt quòd propugnent opinionem damnatam; et propter eamdem rationem non possunt in ejus patrocinium adduci. Unde si velimus juxta methodum scholasticam argumentari, isti argumento : *Mutuum negotiationis idem est ac triplex contractus : atqui Benedic-*

tus XIV non damnavit triplicem contractum; ergo nec mutuum negotiationis, sic responderi potest : *Nego majorem in hypothesi minoris, et minorem in hypothesi majoris ;* sic solvitur argumentum, nec tamen dirimitur controversia quam Benedictus XIV dirimere noluit, nempe de identitate utriusque contractûs.

596. Argumentum IIum. *Ex iis quæ dicta sunt de prohibitione usuræ generatim spectatâ.* — Quamvis ibi expressè locuti non fuerimus de mutuo negotiationis, plura tamen exinde colligi possunt quæ ad illud referantur : ad duo præcipua capita referri possunt, sub respectu scilicet auctoritatis et rationis.

I. *Ex auctoritate.* Hæc adnotare possumus. — 1° Multa occurrunt Scripturæ Sacræ, SS. Patrum et Conciliorum testimonia prorsus generalia : dici potest hæc applicari quotiescumque aliquis accipit pecuniam in proprios usus adhibendam, sive deinceps utatur in incrementum fortunæ, sive alio modo, cùm nullam distinctionem aut restrictionem afferant. Saltem ex ea verborum generalitate sequitur, lucrum non posse percipi ex contractu de quo nunc agimus, si sit verum mutuum, ab eo essentialiter non discrepet. Jam igitur opus non est præcisè ut directè ostendamus illius injustitiam; satis est ut ostendamus recidere in verum mutuum : quod modò præstabimus. — 2° In quibusdam SS. Patrum testimoniis, eorum præsertim qui fusiùs de præsenti materia disseruerunt, mentionem fieri vidimus (n° 557) de mutuo dato negotiatoribus. Illi autem ita loquuntur ut ostendant se in iis locis nihil novi proponere, sed de mutuo dato negotiatori ratiocinandum esse quemadmodum de mutuo dato aliis; ex quo intelligimus nullum tunc agnitum fuisse discrimen inter mutuum consumptionis et mutuum negotiationis, ac proinde utrique applicari testimonia SS. Patrum. — 3° Theologos vidimus (n° 559) moraliter unanimes ad reprobandum quodcumque lucrum vi mutui perceptum : cùm verò plerique nullatenus distinguant inter mutuum factum negotiatori, et non negotiatori, hic etiam haud immeritò allegari possunt. Frustrà opponit La Luzerne, multos mutuum negotiationis approbare sub specie triplicis contractûs, vel censûs redimibilis; plures alios illud non eodem modo ac nos improbare, sed solùm tan-

quam periculosum; non paucos admittere licitum fieri posse per legem civilem. Etenim inter primos, plerique non recurrunt ad varios illos contractus, nisi quia existimant eos differre a mutuo, ac proinde iis applicari possunt quæ modò diximus de Benedicto XIV. Alii ideo judicant talem aut talem contractum esse periculosum, quia facilè potest adesse intentio usuraria, ideoque illud permittunt tantùm quando sincerè intenditur, v. g., vera societas, vel alius contractus : quod, ex una parte ostendit quantùm absint ab admittendo lucro percepto vi mutui, qualecumque sit; et ex altera, non favet adversariis, cùm in contractu qualem propugnant plerumque desit illa sincera intentio. Postremi denique evidenter supponunt contractum esse in se illicitum; alioquin omnino inutile esset recurrere ad vim legis, seu ad altum dominium principis. Igitur verum remanet theologos reprobavisse lucrum perceptum ex quocumque mutuo.

597. II. *Ex ratione.* Satis constabit per prohibitionem usuræ attingi ipsum mutuum negotiationis, si ostendamus contractum quem illo nomine designant adversarii esse verum mutuum, seu a mutuo quod vocant consumptionis non differre. Atqui contendimus reipsa mutuum negotiationis non differre a mutuo consumptionis : illudque in eo sensu intelligimus, ne disputemus de nomine, quòd non adsit discrimen ratione cujus excusari possit lucrum ex illo perceptum. Si quod adesset hujusmodi discrimen, desumeretur vel ex eo quòd pecunia non detur ad usum consumptionis, vel ex eo quòd non transferatur illius dominium ad mutuatarium qui tenetur adhibere modo a conventione determinato, vel demum ex intentione contrahentium qui non intendunt, aut saltem possunt non intendere, verum mutuum inire, sed alium contractum justum : non videmus alias rationes ab adversariis afferri. Jam verò nulla ex his rationibus sufficit ad excusandum in mutuo negotiationis lucrum quod esset usurarium in mutuo consumptionis. — 1° Non *destinatio pecuniæ traditæ*. Ut enim observat Gerdil, usus incrementi in re fungibili non potest sejungi ab usu consumptionis; siqui-

dem ipsum incrementum quod fit per negotiationem pendet ex distractione, atque adeò ex consumptione rei fungibilis, quâ scilicet pecunia consumitur moraliter, ut pluries diximus; illudque æqualiter verum est, sive adhibeatur ad emendum, v. g., victui necessaria, sive ad emendas merces postea vendendas : utroque enim casu ope pecuniæ sibi comparat mutuatarius aliquid æquivalens; sive autem postea re acquisitâ utatur ad servandam vitam, sive ad exercendam artem lucratoriam, sive ad instituendam negotiationem, sive alio qualicumque modo, nullatenus inde mutantur jura illius qui pecuniam tradidit. Igitur nullum est ex ea parte discrimen, et in utroque casu militant argumenta quæ attulimus circa mutuum consumptionis. — 2° Non *obligatio imposita negotiatori* pecuniam adhibendi in usum conventum. Exinde non deducitur quòd dominium non fuerit translatum : tum quia si accipiens non possit pro nutu disponere, neque profectò id potest pecuniam tradens, ut patet, ac proinde dici nequit apud ipsum remanere dominium; tum quia optimè concipitur posse transferri dominium, licèt accipienti onus imponatur rem ad talem vel talem usum adhibendi. Et revera si res periret etiam ante illum usum, nemo est qui non judicaret eam periisse mutuatario; pariter si eam in alium usum adhiberet, coram omnibus tribunalibus alienatio haberetur ut valida, nec admitteretur qui eam tradidit ad eam repetendam e manibus illius qui eam accepisset, sed solùm posset contrahentem tanquam violati pacti reum traducere : ergo revera dominium translatum est, et merè illusoria est pactio quâ videtur rem tradens velle illud retinere. Ergo ex ea parte non adest discrimen sufficiens inter mutuum negotiationis et mutuum simplex. — 3° Non *voluntas implicita ineundi contractum justum.* Si enim expendamus *factum*, plerique ex iis qui pecuniam suam committunt negotiatoribus, intendunt recipere post certum tempus sortem cum auctario, et de nulla alia re cogitant; ergo nihil aliud intendunt in rei veritate quàm mutuum usurarium. Si *juris* rationem habeamus, ut vim aliquam habere posset voluntas illa implicita quæ allegatur, neces-

sarium foret occurrere reipsa aliquem contractum justum, vi cujus obtineri posset securitas sortis cum jure ad auctarium : porrò ex dictis intelligitur non occurrere hujusmodi contractum; satis enim diximus quid sentiendum de præcipuis quos allegant adversarii. Igitur concludere possumus nullam afferri validam rationem, quâ excusetur in mutuo negotiationis lucrum quod esset usurarium in mutuo consumptionis.

Confirmari potest assertio nostra quasi *a posteriori*, seu ab eventu. Inter auctores qui excusare conati sunt lucrum perceptum ex mutuo negotiationis, plerique deducti sunt ad excusandum pariter lucrum ex mutuo consumptionis : quid ita, nisi quia intellexerunt, semel admissâ lucri ex mutuo consumptionis percepti injustitiâ, eâdem condemnatione involvi lucrum ex mutuo negotiationis? Ergo, etc.

§ 5. *Utrùm prohibitio usuræ attingat auctarium lege civili permissum.*

598. Hæc est ultima quæstio quæ expendenda superest, ut dignoscamus quousque extendatur prohibitio usuræ · aliis verbis proponi posset, an nempe vi legis civilis possit exigi auctarium supra sortem, absque alio titulo?

Ut eam accuratè solvamus, agemus 1° generatim de auctoritate legis civilis circa auctarium ; 2° exponemus pariter generatim quid de auctario apud nos statuerit lex civilis; 3° demum dicemus de quibusdam casibus peculiaribus, pro quibus occurrere possunt quædam rationes speciales.

1° *De* AUCTORITATE LEGIS *civilis circa auctarium.*

Cùm nomine usuræ prohibitæ intelligi debeat solummodo auctarium perceptum vi mutui, absque titulo extrinseco, quæritur an princeps possit creare hujusmodi titulum extrinsecum? — *Affirmant* non pauci, quorum plures non loquuntur nisi pro casu quodam speciali, v. g., pro Montibus pietatis, pro pupillis, etc.; alii autem modo magis generali, præcipuè Germani, e quibus citare sufficiat PICHLER, BOCKHN, *Theolog. Wirceburg.*, SŒTTLER nu

per editum a D. Rousselot, etc.— *Prob.* Lucrum ex mutuo ideo tantùm prohibetur quia mutuans caret titulo : si ergo per auctoritatem competentem conferatur titulus, jam nulla aderit injustitia, imò non aderit propriè usura; unde sublatâ materiâ, mirum non erit quòd lex non applicetur in eo casu : sed semper applicabitur, sive in mutuo facto pauperibus, sive quoad auctarium quod exigeretur supra taxationem legalem. Porrò lex civilis illum titulum potest conferre; quod deduci potest, tum ex auctoritate principis, tum ex consensu gentis.

I. Ex *auctoritate principis.* Ei nec deest potestas, nec motivum ita agendi. 1° Non deest *potestas.* Princeps *vi alti dominii* potest disponere de bonis privatorum intuitu boni publici, indemnes præstando eos de quorum bonis disponit; hic autem mutuatariorum indemnitati satis consulitur per commodum quod ex mutuo obtinent. Revera ita disponit in præscriptione, vel quando iis qui præstant aliquid bono publico utile jus quoddam confert, quod vocamus *Prime d'encouragement :* cur ergo id non posset erga eos qui pecuniam mutuo tradentes bono publico bene consulunt? Insuper princeps qui *pecuniæ* confert valorem quem dicunt monetarium seu nominalem, potest ipsi conferre *valorem moralem*, qui fiat veluti fundamentum auctarii. Cùm in statu præsenti societatis talis sit usus pecuniæ, ut ex ea potissimùm foveatur commercium et fecundetur industria, nil obstat quin, accedente supremæ auctoritatis interventu, agnoscatur ut medium productivum valorum : quo posito, possunt circa illam iniri conventiones quibus stipuletur auctarium. Ergo principi non deest potestas. 2° Nec deest *motivum sufficiens.* Hæc nempe, juxta eos auctores, motiva suppetunt. 1. Evitatio litium et jurgiorum, quia alioquin difficile est determinare quandonam adsit titulus. 2. Facilitas obtinendi mutuum, quod plerique alioquin non darent. 3. Subsidium inde proveniens personis quæ per seipsas non possunt negotiando lucrum capere ex suis pecuniis. 4. Tranquillitas conscientiarum : oriuntur multi scrupuli et anxietates pro iis qui mutuant aut mutuârunt, et pro co-

rum hæredibus; his autem malis medetur lex principis. 5. Demum *generalis præsumptio* tituli : et hæc præsertim ratio hodie a multis urgetur, non solùm ad explicanda motiva principis, sed et ad adstruendam ejus potestatem. Scilicet in statu præsenti societatis tot sunt viæ educendi lucrum e pecunia, ut raró absit lucrum cessans, et præsertim destinatio lucrativa, si admittatur; et insuper sæpissime adest periculum : dum mutuatario tanta est opportunitas lucrum faciendi ex pecunia mutuo accepta, etiam soluto auctario, ut præsumi possit libenter auctarium illud solvere. Princeps autem, cognito illo rerum statu, potest statuere ut, quotiescumque fit mutuum, supponatur adesse titulum, quin opus sit de illo inquirere : quia ex una parte leges feruntur ex communiter contingentibus; ex altera verò, statutum fundatum in præsumptione generali vim habet pro omni casu, etsi in quibusdam casibus particularibus cesset ratio in qua fundatur universaliter illud statutum. Cæterùm ad ipsum principem pertinet dignoscere an habeat motivum sufficiens, necne, et valet illius lex nisi constet abesse tale motivum; quia generatim lex quælibet censeri debet lata ex communi bono, nisi contrarium constet. Ergo ex auctoritate principis, etc.

II. Ex *consensu gentis*. Etsi non posset onus solvendi auctarium invitis subditis a principe imponi, saltem possunt ipsi subditi in illud consentire : et sanè, si omnes unius urbis negotiatores convenirent et invicem paciscerentur ut, quandocumque aliquis indigeret pecuniâ, ipsi subministraretur ab aliis pro auctario 5 pro 100, certè non esset injustitia. Porrò dici potest revera æquivalenter initum esse tale pactum ; in id omnes consentiunt, et sibi utile prorsus ac optandum agnoscunt; et reipsa ante omnem casum particularem cuilibet optabile est ut possit pecuniam, si eâ abundet, utiliter impendere, et vicissim, si indigeat, cum modico damno accipere : ergo supponi potest adesse quamdam veluti condonationem generalem.

599. Alii tamen theologi *hunc titulum rejiciunt*. Ita post S. THOMAM, 2, 2, q. LXXVIII, art. I, ad 3, plerique antiqui theologi, ut LESSIUS, DE LUGO, et alii, qui evertunt

objectionem desumptam ex legibus civilibus; ita inter alios Bossuet, et ex eo tempore quo quæstio illa ex professo expensa est, Concina, Reiffenstuel, Ballerini, Gerdil, D. Richard, D. Bouvier, D. Gousset, Pagès, Vernier, D. Kenrick, etc.

Prob. I. *Ex auctoritate,* et quidem multiplici.

1° *SS. Patrum.* Tria quoad ipsos observari possunt. 1. SS. Patres plerique scripserunt sub legibus usuras permittentibus, et nihilominus eas condemnaverunt absque ulla distinctione; ergo non admittebant illum titulum. 2. Multi expressè reprobant usuram *centesimam*, vel alio nomine ad legum mentem designatam : ita S. Basilius, S. Ambrosius, S. Chrysostomus, S. Petrus Chrysologus, et alii. 3. Quidam expressè asserunt usuram non excusari coram Deo ex lege civili. Sic ait S. Chrysostomus, de usura centesima loquens : *Ne mihi externas leges objicias; publicanus enim legem illam exteriorem servat, et tamen dat pœnas.* « Ce passage, *ait* Bossuet, sert à faire » voir que l'Église ne croyait pas que la permission de la » loi civile suffit toujours pour assurer la conscience. » Sic S. Augustinus, loquens de usuris quas ipsæ leges *reddi jubent*, ait : *Hæc malè utique possidentur et vellem restituerentur, sed non est quo judice repetantur;* « mon- » trant par là au chrétien, *ait* Bossuet, qu'il doit régler » sa conscience sur d'autres lois que sur les lois civiles. »

2° Ex *auctoritate Conciliorum.* De iis dici potest magnâ ex parte quod diximus de SS. Patribus. Citare sufficiat concilium Nicænum, quod reprobat usuram *centesimam,* id est, a lege permissam, ut observat Bossuet; et concilium Viennense, quod sententiam excommunicationis decernit adversùs *communitatum potestates, capitaneos, rectores, consules, judices, consiliarios aut alios quosvis officiales, qui judicare præsumpserint quòd solvantur usuræ, vel quòd solutæ cùm repetuntur non restituantur.*

3° Ex *SS. Pontificibus.* 1. Gregorius XIII respondens Bavariæ Duci, de quodam contractu, ait eum reduci ad mutuum usurarium, et addit : *Ex quo consequitur ut per nullam consuetudinem aut legem humanam excusari*

possit, cùm sit jure divino et naturali prohibitus. 2. Benedictus XIV, licèt expressè de præsenti quæstione non agat, quædam habet ex quibus dignosci potest illius mens. In testimonio quod ex ipso protulimus (n° III, p. 403) rejicit opinionem quæ excusat lucrum ex mutuo negotiationis, dummodo sit moderatum, *modumque servet a patriæ legibus definitum*. Et in eodem opere, l. IX, c. XI, loquens de legibus civilibus jure canonico correctis et improbatis, primo loco profert, n° 1, leges circa usuras, « quibus, » inquit, sanctioribus Ecclesiæ legibus est derogatum, ac » severè vetitum, seu veriùs jure naturali et divino vetitum declaratum, quidquam lucri, etiamsi minimum sit, » ex mutuo reportare. » 3. Habemus aliud monumentum ex quo innotescere potest mens Sedis Apostolicæ, nempe Instructionem card. Antonelli, præfecti S. C. de Propag. Fide, ad episcopum Quebecensem, 4 julii 1793, quæ quidem, ut ipse in fine asserit, *auctoritate Summi Pontificis* (Pii VI) *tota fuit conscripta*. Ibi respondens ad varia episcopi quæsita de usuris, et speciatim de lege quæ in his regionibus ad fovendum commercium admittit lucrum 6 pro 100, sic loquitur : « Nemini incompertum est usuram » divino ac naturali jure prohiberi; ex quo consequitur » nullâ principis auctoritate ac lege permitti posse, quamvis sit exigua. Quidquid enim in mutuo, absque titulo » lucri cessantis, damni emergentis aut periculi extrinseci » in propria pecunia recuperanda, præter sortem exigitur, » etsi minimum sit, usuræ labe conspergitur. Certissima » hæc juris principia sunt, quibus nemo ullus catholicorum » repugnare potest, quæ fusiùs etiam pertractata invenies » in epistola Encyclica Benedicti papæ XIV, cujus exemplum tibi transmitto. His constitutis, jam vides legem » isthic latam, quòd ex mutuo possint percipi usuræ, » dummodo fructus non excedat sex nummos pro quolibet » centenario, iniquam esse, jurique divino ac naturali » adversantem. Itaque catholici neque illius legis præsidio » pecuniam fœnori dare possunt, neque ullo modo jubere » aut conseutire, quòd ex illius auctoritate fœnus ab aliis » recipiatur, aut solvatur, aut injustè solutum non repetatur. » Ergo ex auctoritate, etc.

II. *Ex ratione.* Principi non competit potestas abrogandi, etiam indirectè, legem divinam, eamque illusoriam reddendi : neque enim talem auctoritatem a Deo accepit, nec motivum rationabile ita agendi ei supponi potest, cùm bono publico necessarium esse nequeat quod Deus prohibuit. Atqui in sententia adversariorum princeps verè, licèt indirectè tantùm, abrogaret legem divinam. Nam ille legem divinam abrogat indirecte, qui illius materiam aufert ipsiusque applicationem impedit, et ipsius finem subvertit. Porrò princeps 1° materiam auferret, ut facilè intelligitur, cùm vi suæ legis efficeret ut lucrum jam in mutuo perciperetur, licèt non vi mutui. 2° Finem legis subverteret. Nam finis legis usuram prohibentis est ut homines vinculis charitatis arctiùs inter se devinciantur, ut sibi non vendant beneficium ex sua natura gratuitum, ut labor et industria foveantur impediendo ne lucrum ex pecunia absque ullo labore percipiatur, ut homines abstrahantur a nimia divitiarum cupiditate, etc. Jam verò lex de qua loquimur universos hos fines subverteret. Cur verò? Ad fovendum, inquiunt, commercium, et sic promovendum bonum publicum. Porrò non ita constat ex nimia commercii facilitate et extensione promoveri bonum publicum; vel etiam ex facilitate inveniendi mutuum foveri commercium, saltem cum ea securitate conjunctum sinè qua gravissimæ clades toti societati imminent. — Hinc intelligi potest satis magnum adesse discrimen inter præsentem legem et legem præscriptionis : nam nulla lex divina peculiaris vim præscriptioni adimit, aut eam reprobat; neque per hanc tota lex de non retinendo bono alieno subvertitur, sed ejus tantùm materia tollitur in casu particulari.

Talia sunt præcipua utriusque opinionis argumenta, ex quorum expositione intelligi potest quæstionem non carere difficultate, nec contemnenda esse argumenta quæ in gratiam prioris sententiæ, præsertim ex ratione, afferuntur. Attamen, omnibus perpensis, et præcipuè attentis auctoritatibus quæ pro posteriori militant, hæc nobis probabilior videtur.

600. II° *De* DISPOSITIONIBUS LEGIS CIVILIS GALLICÆ *circa auctarium.*

Juxta quosdam, nihil apud nos ostendit legem civilem, etiam admissâ legislatoris potestate, esse titulum sufficientem ad percipiendum auctarium in mutuo, quia nihil indicat eum voluisse alto suo dominio uti : ex discussionibus Concilii Statûs apparet legislatoribus persuasum fuisse licitum esse lucrum ex mutuo; unde scopus illorum fuit sancire conventionem inter contrahentes initam, nec ullatenus cogitabant de dominio in mutuantem transferendo.

Alii tamen multi existimant, et satis meritò, ut videtur, totam difficultatem apud nos reduci ad quæstionem juris. Si enim agatur de facto, quamvis verum sit legislatores nostros non cogitavisse de transferendo in mutuatorem auctarii dominio, eo quòd non crediderint id necessarium, dici tamen potest eos voluisse legi tribuere totam efficaciam quam habere poterat, ac proinde hanc esse titulum auctarii legitimum, si esse possit.

Cæterùm quæcumque admittatur opinio de titulo legis apud nos, sive quoad jus, sive quoad factum, interest cognoscere quid præcisè de auctario statuat : hujus enim taxationis ratio habenda est in quacumque sententia, quatenus vix unquam in bona fide versari possunt qui intra legis limites non se continent. Jam verò taxatio facta est, ut jam diximus, per legem 3 sept. 1807, cujus hæ sunt præcipuæ dispositiones. Art. 1. « L'intérêt conventionnel » ne pourra excéder, en matière civile, 5 pour 100, ni en » matière de commerce 6 pour 100. Le tout sans retenue. » Eodem modo determinatur, art. 2, auctarium legale. Art. 3 statuitur pro casu excessûs : « Le prêteur sera condamné » à restituer cet excédant, s'il l'a reçu, ou à souffrir une » réduction sur le principal de la créance. » Art. 4 decernuntur pœnæ adversùs eum qui *habitualiter* usuram exercet. Et tandem art. 5 declaratur nihil innovari circa stipulationes antea initas. Breviter dicendum 1° quo sensu intelligenda sit taxatio illa; 2° quousque seu ad quasnam conventiones extendenda sit.

I. *De* SENSU *taxationis legalis*. — 1° Lex, declarando non posse exigi auctarium supra taxationem, satis indicat posse iniri pactum de minori auctario : reipsa lex fertur

in gratiam mutuatarii, contra quem nullum recursum habebit mutuans, si minori auctario consenserit. — 2° Hæc verba, *Sans retenue*, referuntur ad usum olim vigentem : aliquando imponebantur tributa, ut dicebatur, *du dixième, du vingtième*, id est, decimæ aut vigesimæ partis redituum uniuscujusque : cùm ergo census vel auctarium pertineant ad reditum creditoris, non autem debitoris, poterat iste retinere seu non solvere hanc partem, alioquin solvendo tributum proportionatum valori integro suorum bonorum, solvisset ultra proportionem suorum redituum, et creditor seu censualista tributum inferius : illud ergo vocabatur, *payer avec retenue*. Hodie verò locum non habet hæc retentio. — 3° Præcipua difficultas est, quandonam censeatur materia civilis, quandonam commercialis? Juxta Troplong, certum est negotiatorem qui e commercio retrahit pecuniam quam mutuam tradit etiam non negotiatori, posse exigere sex; præsumitur enim in commercio majus lucrum ipsi obvenire : id magis adhuc apertum est, si res versetur inter duos negotiatores : si demum privatus negotiatori tradat pecuniam, in ipsius commercio adhibendam, non ita liquet ; quidam tamen ita admittunt, tum quia tale mutuum vocari solet *Prêt de commerce*, tum quia in mente legislatoris fuisse videtur ut haberet rationem lucri quod ex pecunia mutuata obtinebit mutuatarius. Sed si inter duos privatos adhibeatur forma litterarum cambii ut falsò persuadeatur esse mutuum commercii (Vid. n° 541), vel si falsò exprimatur mutuum fieri pro negotio commerciali, non existimamus posse eâ viâ eludi legem, quæ non sinè ratione discrimen statuit inter materiam civilem et materiam commercialem : non potuit esse in mente legislatoris ut favor obtineretur per meram simulationem, ne dicamus per fraudem cum majori securitate conjunctam. Idque confirmari potest ex art. 112 et 636 Cod. comm.

601. II. *De* EXTENSIONE *taxationis legalis*. De pluribus movetur quæstio. — I. De *censu* sive consignativo, sive vitalitio, jam satis dictum est (nis 528, 532).

II. Taxatio legis attingit non solùm *usuras* formales seu apertas, sed etiam *palliatas*. Id apertè constat ex iis

quæ diximus *de Contractibus in fraudem legum initis* (nis 76, 79) : et pro certo tenent jurisperiti, qui observant mutuantem, nedum excusetur per simulationem ad quam recurrit, contrà magis reum fieri, juxta illud : *Simulata æquitas, duplex iniquitas*. Duplici autem præsertim viâ latere seu palliari potest : vel dissimulando ipsum auctarium perceptum ultra taxationem; vel dissimulando titulum quo percipitur. — 1° Multiplici modo *dissimulatur auctarium*. 1. Si in conventione inita *confundatur cum ipsa sorte*, id est, si major inscribatur summa quàm a mutuatario recepta fuit. 2. Si stando taxationi legali, ultra auctarium *exigantur alia officia* quæ sint verè pretio æstimabilia. 3. Si auctarium *solvatur ab initio* mutui : cùm enim tunc mutuatarius non receperit summam integram, solvit auctarium ultra taxationem. 4. In casu *anatocismi*, seu quando percipitur auctarium auctarii. Olim illud districtè prohibebatur. Sed hodie, ex art. 1154, illud permittitur, modò agatur de auctario debito saltem pro anno integro. Jam verò si id fiat post sex aut tres menses, seu generatim ante tempus quo solvi debet auctarium, de facto percipitur supra taxationem legis. — 2° Sæpiùs adhuc *dissimulatur titulus auctarii* : cùm nempe usura in solo mutuo sedem habeat, supponitur contractus diversus a mutuo, ut sic effugiatur taxatio legis. Plura exempla jam datâ occasione memoravimus : illud evenire potest, v. g., in *venditione cum pacto redimendi* (n° 418), in contractu *mohatra* (n° 578), in *contractu pignoratitio* vel *antichresi* (n° 585), in contractu *societatis* seu *contractu trino* (n° 580); potest etiam evenire in *donatione* : si enim ultra auctarium legale mutuans obtineat supplementum titulo doni, valde timendum est ne donum illud careat libertate sufficienti, quia, ut dicitur, *Debitor servus est fœneratoris*; id ex circumstantiis dignosci potest.

602. III. Taxatio legis non attingit conventiones, licèt mutuo affines, in quibus occurrit *titulus justus diversus* ab iis qui juxta mentem legislatoris semper præsumuntur occurrere in mutuo. Lex enim non intendit hos titulos reprobare. Id elucidabitur allatis variis exemplis.

Sic 1° quando in mutuo admiscetur *alea*, potest percipi auctarium supra taxationem legalem. Ita judicavit Curia Suprema 21 maii 1834 quoad arcam hypothecariam (*la Caisse hypothécaire*). Pariter taxatio non attingit nauticum fœnus (*le prêt à la grosse*) : auctarium determinatur per liberam voluntatem contrahentium, juxta art. 311 Cod. comm. (Vid. n° 509).

Sic 2° quando præter mutuum mutuans in se suscipit aliquod *onus extrinsecum* pretio æstimabile, dicunt pariter jurisperiti posse exigi auctarium majus. Ita in *fidejussione:* qui præter pecuniam a se traditam seipsum personaliter obligat, potest pro hoc onere aliquid exigere ; item si deponendo, v. g., titulum censûs publici (*rente sur l'État déposée pour un cautionnement*), renuntiet juri hunc vendendi quando vendere posset summo pretio.

Sic 3°, juxta quosdam, in *conventionibus matrimonialibus* non applicatur lex de taxatione legali : si nempe differatur solutio dotis, potest pactum iniri de auctario supra taxationem legalem, quia tunc excessus censetur pars dotis. Vid. quæ antea diximus (n° 585).

Sic 4° majus occurrit dubium circa auctarium quod supra taxationem percipitur in variis cambii speciebus, seu in variis negotiis quæ dicuntur *Opérations de Banque*. Plura hic in quæstionem veniunt : de quibus ut pronuntietur, videndum est in variis casibus quænam sit natura negotiationis. Si agnoscatur eam differre a mutuo, inde concludendum erit non applicari taxationem legalem; sed simul sequetur nec applicari etiam in foro externo titulum legis : proinde videndum erit solummodo in casibus peculiaribus an emptor stet intra limites pretii justi, seu vulgaris. Si autem dicatur adesse quidem mutuum implicitum, sed occurrere titulos extrinsecos, non inde concludi statim poterit exigi posse auctarium supra taxationem legalem, quasi lex sola tribueret jus ad auctarium legale, tituli verò illi darent jus ad excessum ; non enim seorsim æstimanda sunt lex et alii tituli, quia lex non intendit permittere auctarium omnino independenter a titulis, sed supponens quosdam adesse, saltem ordinariè, iis nititur

ut statuat pro omnibus casibus; et hæc est ratio cur plus permittit in materia commercii quàm in materia civili: unde quemadmodum mutuans qui experiretur damnum 5 pro 100 non posset exigere 5 vi legis, et iterum 5 ratione damni, ita nec in præsenti casu. Eatenus ergo obtineri poterit auctarium supra taxationem, quatenus verum erit dicere hic esse plus quàm simplex mutuum, et bancarium, præter titulos quos habet ut mutuans, alios habere ratione sui officii ad quos lex taxativa auctarii non censetur attendisse, et vi quorum aliquid exigere potest quin legem transgrediatur.

Veniamus nunc ad quosdam casus peculiares.—1° Quoad emptionem seu solutionem anticipatam chirographorum, gallicè *Escompte des billets*, jam vidimus (n° 588) circa naturam hujus negotiationis scindi jurisperitos; sed satis probabiliter ibi agnoscendum esse aliud quàm simplex mutuum, et jurisprudentiam satis constantem interpretari legem in eo sensu quòd bancarius qui emit hujusmodi chirographa a tertio quodam subscripta, et pariter a tertio sive eodem sive alio solvenda, etiam in ipso emptionis loco, non adstringatur stare intra limites auctarii legalis, quia nempe bancarius non intendit mutuare, sed emere veram mercem circa quam commercium suum exercet, et præter pecuniæ absentiam, cui annexum est fundamentum auctarii legalis, habet alios titulos ratione officii sui. —Dicitur 1. *Bancarius*, quia quoad privatos non applicantur eædem rationes; unde verisimiliter coram tribunalibus non admittereutur ad aliquid exigendum supra taxationem legalem. 2. *A tertio subscripta*, quia si chirographa subscripta sint ab ipso venditore, concipitur tunc faciliùs adesse posse merum mutuum simulatum, prout sæpe judicârunt tribunalia : attamen judicatum est etiam non ita esse in omnibus casibus; unde id determinandum erit ex circumstantiis. 3. *A tertio solvenda*, quia præcipuè circa hæc chirographa instituitur negotiatio de qua agimus. Si ageretur de chirographis ab ipso bancario solvendis, quæque solveret ante elapsum terminum, videtur fore merum mutuum. 4. *Solvenda etiam in ipso venditionis loco*, quia

si solvenda sint in alio loco, seu in alia urbe, tunc est cambium, quod jam ostendimus (n[is] 542, 543) differre a mutuo : non ergo applicatur lex de taxatione auctarii.

2° Si agatur de promissione mutui, quam vulgò dicunt un *Crédit ouvert* apud bancarium, affertur judicium Curiæ Supremæ 14 julii 1840, in quo dicitur : « Il est d'usage » incontestable dans le commerce qu'une commission soit » allouée au négociant ou banquier qui, ouvrant un crédit, » est obligé d'avoir un capital à la disposition de l'emprun- » teur, soit que celui-ci s'en serve, soit qu'il ne s'en serve » pas. » Percipitur ergo aliquid ultra auctarium ordinarium quod solvendum erit pro pecunia accepta : sed non exigendum ultra conventionem vel usum.

3° Sæpe inter duos bancarios aut negotiatores instituitur quod vocant *un Compte courant*, id est, conventio initur ut alter pro altero occurrentibus circumstantiis solvat aut summas recipiat, sicque fiant invicem successivè debitores et creditores : certis quibusdam temporibus instituitur compensatio inter credita et debita (*on dresse et on balance le compte*), sicque perspicitur quis supersit creditor, quis debitor. Porrò ait Pardessus : « Ces comptes » portent intérêt de plein droit..... D'après la convention » ou l'usage, cet intérêt peut être cumulé avec le capital, » au bout d'un certain temps, pour en produire un nou- » veau ; et l'on peut, en outre, percevoir un salaire pour » commission, sans que cela soit considéré comme intérêt » usuraire. » Duplici igitur modo seu titulo obtinetur auctarium supra taxationem legalem. 1. Per *anatocismum*, seu auctarium auctarii ante elapsum annum ; quod extra materiam commercii non admittitur, ut suprà (n° 601) diximus; imò a quibusdam etiam in materia commercii reprobatur. 2. Titulo salarii (*de commission*) : quod duplici etiam viâ explicari potest, vel ratione oneris habendi pecuniam semper paratam sensu mox exposito, vel ratione expensarum in recuperandis summis pro altero correspondente. Cæterùm quando ille computandi modus inter duos negotiatores vicissim adhibetur, dici potest fieri inter eos compensationem.

603. III° *De auctoritate legis circa auctarium* IN QUIBUSDAM CASIBUS SPECIALIBUS.

Etiam non admissâ opinione quæ tenet legem apud nos esse titulum percipiendi generatim et in omni casu auctarium supra sortem, ne videatur subverti lex divina, dici tamen forsan posset eam in quibusdam casibus peculiaribus creare titulum sufficientem. Non enim tunc adesset idem incommodum : et reipsa quidam theologi, etiam aliunde titulum legis rejicientes, satis libenter agnoscunt id non superare principis potestatem. Illud faciliùs adhuc concipietur, si princeps non directè permittat auctarium etiam in illis casibus peculiaribus, sed indirectè tamen titulum conferat; quemadmodum, v. g., confert in sententia eorum qui dicunt eum qui habet titulum legitimum damni emergentis aut lucri cessantis posse stare taxationi legali, etiam quando damnum quod incurrit aut lucrum quod amittit est infra illam taxationem. Igitur operæ pretium erit varios casus percurrere in quibus locus esse posset applicandi hanc observationem : sic enim meliùs judicari poterit quatenus admitti possit aut debeat. Ad duo præcipua capita referri possunt hi casus : 1° de denariis minorum ; 2° de auctario quod solvit ærarium publicum.

I. De DENARIIS MINORUM. — Lex civilis obligat tutorem ad solvendum minori lucrum ; et tamen fieri potest ut aliam viam non habuerit ad illud percipiendum quàm simplex mutuum. Hinc jamdiu ortæ plures difficultates.

1° *An liceat ex denariis minorum percipere auctarium?*

Quidam id *licitum* propugnaverunt : hìc si unquam, inquiunt, vim habere debet lex civilis, non solùm quia ad principem spectat providere bono pupillorum et illud ad bonum societatis plurimi interest, sed etiam quia, nisi id admittatur, ab officio tutorum removebuntur viri probi, ne cogantur vel ad usuram dare, vel grave damnum ipsi subire, quod erit bono publico valde contrarium.

Alii tamen, et quidem communiùs, docent *non* magis *licere lucrum ex denariis minorum* quàm ex alia pecunia. 1. Ita declaraverunt concilium Mediolanense I sub S. Carolo, concilium Mechliniense an. 1570, conventus

Melodunensis cleri Gallicani an. 1579, concilium Burdigalense an. 1583, etc. Hæc fuit etiam decisio multorum doctorum Parisiensium et Nannetensium, occasione controversiæ eâ de re exortæ sæculo XVII in Britannia minori. Idem denique expressè declaratur in Instructione card. ANTONELLI ad episcopum Quebecensem, jam citatâ. 2. Quamvis omni probabilitate non careat ratio mox allata, attamen principiis est magis consentaneum dicere legem divinam exceptionem non pati; non enim validior ratio occurrit pro casu minorum quàm pro multis aliis casibus. Unde olim nullum discrimen eâ de re admittebant tribunalia et jurisperiti. Hodie nihil peculiare de illo casu statuit lex civilis, quæ tantummodo in eo sicut in aliis usuram licitam supponit; ergo majorem vim non habet. Si ergo non admittatur generatim titulus legis, agnoscendum videtur injustum esse lucrum absque titulo extrinseco perceptum e denariis minorum, et mutuatariis deberi illius restitutionem : a quonam autem debeatur mox dicemus.

2° Quoad *obligationes tutoris*, 1. tenetur inquirere viam legitimam lucrum percipiendi, ut negotiationem, societatem, emptionem censuum publicorum aut actionum industrialium, etc. : ad id obligatur ex lege civili, art. 455, 456, et illam obligationem in se suscepit acceptando tutelam. Si igitur negligat, vel pecuniam relinquens otiosam, vel eam ad usuram tradens quando viâ legitimâ lucrari posset, reus est injustitiæ erga minorem, qui jus habebat ut lucrum legitimum sibi compararet. — 2. Si via quæ tutori occurrit periculum aliquod includat, nec velit illud ipse subire, debet obtinere assensum concilii familiâs; alioquin tenebitur juxta circumstantias de damno quod minor patietur : unde generatim bene sibi consulet si illum assensum obtineat. — 3. Quando tutor nullam aliam viam habet quàm mutuum usurarium, si cum assensu concilii familiâs posset pecunias relinquere otiosas, nulla esset difficultas : ita olim fieri poterat; nec coactus fuisset tutor mutuo dare, cùm illud a lege prohiberetur, nec auctarium ipse solvere. Hodie verò, cùm lex habeat mutuum ut viam legitimam lucrandi, non idem admitteretur : ut enim ob·

servat D. Bouvier, lex non tribuit concilio facultatem liberandi tutorem ab obligatione eo modo collocandi pecuniam minoris; et etiamsi hanc haberet facultatem, supponi potest non velle eâ uti : tunc quæstio est, quid agere possit et debeat tutor? Dici potest tutorem non habendum esse ut mutuantem principalem, sed tantùm ut cooperatorem, seu ut exsecutorem legis, et mandatarium legalem minoris. Hoc autem posito, satis probabile videtur eum excusari posse a sua cooperatione, ratione damni cui alioquin ipse exponeretur : huic applicari potest quod dicitur de cooperantibus ad usuram (n° 610); scilicet mutuatarium esse rationabiliter invitum quoad eum qui lucrum percipit ex mutuo, non verò quoad tutorem. Et revera nisi illud admittatur, ab officio tutorum removebuntur viri probi et timoratæ conscientiæ. In ea sententia, cùm excusetur quidem tutor, sed non ideo licitum fiat lucrum perceptum, dicendum est tutorem teneri monere minorem de obligatione quæ ipsi incumbit; alioquin de illo conqueri posset mutuatarius tanquam de causa damni illati et non reparati. Cæterùm raró aderit hodie hæc difficultas, quia plerumque occurrunt modi legitimi lucrum educendi, v. g., emptio censuum publicorum, etc.

3° Si lucrum injustè perceptum fuerit, *quis restituere tenetur?* — Distinguendum est. Vel tutor habebat aliud medium legitimum lucrum comparandi, vel non. In 1° casu, ad restitutionem tenetur solus tutor, nisi bonâ fide egerit; ipse solus est causa efficax et injusta damni mutuatario illati : minor verò non tenetur, nisi rem alienam in specie habeat. In 2° casu, restitutio facienda erit a minore, qui ditior factus est, cùm nec occasionem lucrandi, nec recursum in tutorem non negligentem haberet. Si autem tutor restituerit, indemnis præstandus erit a minore, cùm lex ipsum obligare nequeat ad solvendum minori ex propriis bonis.

604. II. *De auctario quod* SOLVIT ÆRARIUM PUBLICUM. — Sub eo generali vocabulo designamus varios casus in quibus privati pecuniam tradunt ad tempus ærario publico, et inde auctarium percipiunt. Quamvis lex divina exceptionem non admittat pro istis casibus, et semper servanda sit justitia, non desunt tamen qui putant in hujusmodi mutuis agnoscendum esse modo generali jus ad auctarium : tum

quia Gubernium non censetur se strictè obligare ad sortem reddendam, aut saltem sibi reservat facultatem differendi pro nutu suo restitutionem, ac proinde sors haberi debet ut verè alienata; tum quia lex quæ ob bonum publicum præcipit aut permittit ut Gubernium ad hæc media recurrat comparandi pecuniam, meritò præsumitur conferre titulum mutuantibus, quamdam nempe veluti remunerationem concedendo iis qui præ cæteris concurrunt ad præbendum ærario publico media perferendi onera communia. Percurremus præcipuos casus, saltem magis obvios.

1° De *mutuo quod accipit ærarium publicum.* Sæpe ærarium publicum pecuniam sibi comparat per emissionem, ut aiunt, chirographorum quæ dicuntur *Bons sur le Trésor*, quæ dant jus ad auctarium, majus minusve pro variis circumstantiis, sed ordinarie infra taxationem legalem. Dantur ad tres, vel sex menses, vel anuum integrum, et elapso termino sors redditur. Est ergo merum mutuum, in quo sors ordinariè recuperatur absque ulla difficultate. Nullum videmus titulum vi cujus licitè exinde percipi possit auctarium.

605. — 2° De *auctario quod solvit ærarium publicum quæstoribus publicis.* Qui præficiuntur tributis percipiendis, quos dicimus *Receveurs généraux*, quando solvunt ante terminum, recipiunt, saltem ut putamus, quoddam auctarium. Si præstò non sit alius titulus quàm anticipata solutio, non videmus eos excusari posse ab usura, cùm nihil aliud sit quàm mutuum virtuale. Aliud erit, si non recipiant nisi compensationem laboris sui et impensarum quas subeunt : vel si id habeatur tanquam pars eorum salarii, quod majus minusve sit pro majori vel minori curâ quam adhibent ut citiùs tributa solvantur. Putamus etiam eos sæpe instituere cum ærario publico operationes quæ dicuntur cambiales (*Opérations de Banque*) : tunc iis applicanda sunt quæ de his operationibus alibi dicimus.

Sed etiamsi admitteretur titulus legitimus quoad illos quæstores, extendi non posset ad eos qui ipsis mutuo dant summas quas tradunt ærario publico. Lucrum enim mutuatarii non est titulus legitimus pro mutuante.

3° De summis quas varii officiarii tenentur deponere, vulgò *Cautionnements.* Multis officiariis, speciatim iis qui partem habent in administratione denariorum publicorum, imponitur obligatio deponendi quamdam pecuniæ summam, quam exigit Gubernium tanquam pignus pro sua securitate, et pro qua ipsis auctarium solvit. Jam verò illud auctarium videtur pro legitimo habendum. Nam 1. mutuum non est ex eorum parte liberum, sed est onus ipsis impositum. 2. Sors aliquo modo dici potest alienata, cùm eam recuperare nequeant nisi renuntient officio suo. 3. Addi forsan posset illud lucrum haberi posse tanquam partem stipendii quod Gubernium ipsis debet solvere.

Idem dicendum videtur, quamvis non applicetur tertia hæc ratio, de iis qui eidem obligationi subjiciuntur, etsi non sint officiarii Gubernii. Tales sunt notarii, et ii qui dicuntur *Agents de change*, *Commissaires-priseurs*, *Greffiers*, *Huissiers*, etc. : hi tenentur pariter summam deponere in securitatem eorum qui ad ipsorum ministerium recurrunt. Pro his valent duæ priores rationes.

Sed id non extendendum est ad eos qui his officiariis mutuo dant summas pecuniæ ab ipsis deponendas : ii merum mutuum efficiunt ; non possunt ergo lucrum percipere, nisi habeant titulum extrinsecum. Servant privilegium in eas summas : quæ primùm quidem adhibentur in assecurationem mulctarum aut similium ad quæ condemnari possunt illi officiarii ratione sui muneris ; sed postea ad restitutionem faciendam mutuantibus qui sic anteponuntur cæteris creditoribus : unde minori periculo subjiciuntur sub eo respectu quàm mutuantes ordinarii.

606. 4° De arcis nummariis, vulgò *Caisses d'épargne*. Quæstio est an percipi possit auctarium ex pecunia ibi deposita ? — Si arcæ illæ expendantur juxta primævam institutionem, nullum putamus dubium moveri posse, etsi res ab initio non statim fuerit omnibus aperta. Etenim ab initio summæ illæ non adhibebantur ab administratoribus nisi ad emendos census publicos, quorum reditus distribuerentur inter pecuniarum collatores secundùm contributionem uniuscujusque, adeò ut ex parte istorum sors esset verè alienata. Eatenus tantùm unicuique liberum erat pecuniam suam pro nutu suo aut certis quibusdam temporibus retrahere, quatenus obtinere poterat venditionem sui censûs ; scilicet societas administratorum, sicut nomine collectivo vel proprio census emebat, ita et vendebat ; unde cùm unus e sociis pecuniam suam repetebat, alter ei subrogabatur, sicque retrahens pecuniam suam recuperabat ex venditione censûs, non ex restitutione capitalis. Itaque cùm nullum esset mutuum, nec usura adesse poterat.

Sed postea concessa est per Edictum 3 junii 1829 facultas deponendi has pecunias apud ærarium publicum, a quo solveretur auctarium 4 pro 100, vel supra aut infra pro circumstantiis : idemque confirmatum fuit per legem 5 junii 1835. Jam verò hæc mutatio non est indifferens in ordine ad scopum nostrum : non enim jam præstò habemus emptionem censuum, sed mutuum factum ærario publico ; quæ duo non parum differre ex dictis facilè intelligitur. Attamen non videmus quòd exinde mutata fuerit opinio theologorum, sive quòd eam mutationem non adverterint, sive quòd eam non sufficere existimaverint. In eo rerum statu, directa est ad S. Pœnitentiariam Consultatio (in qua

tamen hic status non exponitur) : « Canonicus J.... vic. » gen. officialis diœcesis M.... solutionem sequentis dubii » reverenter exposcit, nempe : Licetne in conscientia lo- » care pecuniæ summam ad argentariam, gallicè *Caisse* » *d'épargne*, et percipere sinè titulo lucrum quatuor pro » centum provenlens ex pecuniæ summa sic locata, ser- » vatâ facultate repetendi sortem ad arbitrium locantis?— » Sacra Pœnitentiaria dubio per oratorem proposito res- » pondit prout jam alias responsum fuit, scilicet in casu » prout jacet nihil obstare. Datum Romæ die 25 februarii » 1836. A. F. DE RETZ, S. Pœnit. regens. » Citatur responsum S. Pœnitentiariæ in eodem sensu, datum 17 dec. 1832 ad parochum diœcesis Claromontanæ. Et ita in praxi satis receptum videtur. Eaque praxis confirmari potest ex simili institutione qualis Romæ viget.

ART. 4. *De restitutione usurarum.*

607. Semel stabilitâ usuræ injustitiâ, facilè intelligitur eam inducere obligationem restituendi. Porrò hanc injustitiam in decursu ostendimus : ipsi adversarii negare nequeunt, saltem a sæculo XIII impositam fuisse obligationem restituendi. ALEXANDER III, CAP. *Cùm tu manifestos*, supponit hanc obligationem impositam fuisse in concilio Lateranensi III, an. 1179, quamvis ibi expressè non legatur. Hanc memorant deinde multa concilia, et tandem expressè eam declarat concilium œcumenicum Lugd. II, an. 1274. Idem occurrit in decretis SS. Pontificum. ALEXANDER III, CAP. *Tua nos*, IX, *de Usuris*, V, XIX, respondet : « Filii ad restituendas usuras eâ sunt » districtione cogendi quâ parentes sui, si viverent, co- » gerentur : idipsum etiam contra hæredes extraneos exer- » cendum. » Idem pluribus aliis in locis statutum occurrit.

Hinc sequitur hic applicanda esse principia generalia exposita in Tr. *de Justitia*. Satis erit quædam observare præsenti materiæ peculiaria.

I. *De iis quibus restituendæ sunt usuræ.* — Si agatur de iis qui sinè causa a peccato excusante et nonnisi ad opes augendas mutuum petierunt, ex quo magnum lucrum

consecuti usuras libenter solverunt, dicunt quidam auctores non ipsis faciendam esse restitutionem usurarum, quia per peccatum suum eas amittere meruerunt; sed faciendam esse pauperibus. Verùm alii meliùs et communiùs docent etiam in eo casu restitutionem fieri debere ipsis mutuatariis, quia nullâ lege privantur suo jure, et privatorum non est pœnam adversùs eos decernere : restitutio fieri non potest pauperibus, nisi in defectum dominorum et hæredum.

608. II. *De usurario bonæ fidei.* — Tria speciatim observanda sunt.

1° Non tenetur restituere *fructus* perceptos ex re in usuram accepta : habet enim jura possessoris bonæ fidei. Quidam inde concludunt eum eximi a restituendis usuris, quia, inquiunt, usuræ instar fructuum haberi possunt. Verùm illud omnino rejiciendum putamus. Nam lex concedit quidem fructus rei alienæ possessori; sed usuræ haberi nequeunt ut fructus rei alienæ possessæ, ut patet; sunt contrà res ipsamet aliena, in quam mera possessio nullum jus confert.

2° Usurarius bonæ fidei potest a restituendis usuris eximi per *præscriptionem*. Quamvis enim circa usuras præscriptionem admitti posse quidam negaverint, nullam videmus rationem cur usuræ non possent præscribi sicut alia debita. Duplici enim sensu concipitur hujusmodi præscriptionem invocari posse, vel tanquam medium se liberandi, vel tanquam medium acquirendi. Si 1°, cùm alia non requiratur conditio quàm tempus, et bona fides, potest utrumque adesse. Si 2°, sola difficultas esse posset ex parte tituli; sed cùm titulus sit simpliciter invalidus, non præcisè vitiosus, ad præscriptionem debet sufficere. Hinc docebant olim jurisperiti non posse quidem per præscriptionem acquiri jus usuras percipiendi, quia reclamat perpetuò lex divina; posse tamen acquiri usuras jam perceptas, quia actio mutuatarii ad eas repetendas seu *condictio indebiti* perimitur elapsis triginta annis. Idem hodie dicendum putamus, quia licèt lex de iis speciatim non loquatur, iis tamen applicatur dispositio generalis : et admittunt jurisperiti præscriptionem quoad usuras

perceptas contra legem, seu ultra taxationem legalem.

609. — 3° Si usurarius bonæ fidei ex usuris perceptis *non factus sit ditior*, communiter eum a restitutione excusant theologi : non tenetur ratione rei acceptæ, cùm rem alienam supponatur non habere; nec ratione injustæ acceptionis, cùm bonâ fide egerit. Si tamen usuras perceperit ante restitutionem sortis, videndum erit, quando sors erit restituenda, an hæc non sit earum proportione imminuenda. Nam eo instanti quo usuræ solvuntur mutuans fit earum debitor, cùm eas debeat restituere; ergo dici potest statim fieri compensationem, juxta dispositionem Cod. civilis art. 1289 et seq. Ita olim fiebat; usuræ solutæ imputabantur pleno jure in sortem, et minuebatur debitum eâdem proportione : idem autem hodie dicendum videtur, prout admittunt jurisperiti in casu usuræ quæ sit contra legem, nixi art. 3 legis 3 sept. 1807, quanquam non consentiant an id fiat pleno jure et ab ipso solutionis die, au verò solùm post petitionem mutuatarii.

Sed determinandum superest quandonam mutuans dici debeat factus ditior. Si *usuras non habeat*, *nec propriis rebus pepercerit*, dici non potest ditior, ac proinde ad nihil tenetur. Censetur autem propriis rebus non pepercisse, quando propter usuras fecit expensas quas alioquin facturus non fuisset, ut sæpe contingit, quia expensæ proportionantur reditibus. Sed difficultas est quid dicendum in casu quo de facto pepercit quidem rebus suis, sed simul perspectum est, eum, si contractum usurarium non iniisset, aliâ viâ justâ comparaturum fuisse idem lucrum? Id pluribus modis contingere potuit : v. g., bonâ fide contractum usurarium iniit, vel titulo insufficienti nixus est ad percipiendum auctarium, sed pecuniam suam in usum fructuosum impendisset, aut alium contractum justum iniisset, si prioris injustitiam cognovisset; vel etiam habebat justum titulum cui inniti potuisset, sed de quo non cogitavit ob errorem in quo versabatur. Si quæstio expendatur quoad possessionem rei alienæ, non potest usurarius eâ ratione excusari. Et revera si quis bonâ fide emisset equum furto sublatum, eumque locans lucrum fecisset, etsi æquale lu-

crum fuisset percepturus ex alio equo, non excusaretur tamen a lucro restituendo, quia est fructus rei alienæ : idem hic dicendum, cùm lucrum sit ipsa res aliena. Sed sub alio respectu expendi potest quæstio, nempe an non possit mutuans usuram retinere titulo lucri cessantis, eo quòd propter mutuum lucro caruerit : eò scilicet reducitur, an titulus existens, vel qui saltem exstiturus fuisset, sed de quo contrahens non cogitavit, jus conferat directè vel indirectè ad lucrum retinendum ? — Non concordant theologi : inter quorum sententias, hæc nobis statuenda viderentur, distinguendo varios ab invicem titulos quos respicere potest quæstio. — 1. Quando agitur de *lucro cessante*, si nihil aliud dici possit nisi quòd mutuator, secluso errore, fuisset viam lucrandi legitimam adhibiturus, sed propter errorem suum de illa non cogitaverit, vel illi renuntiaverit, tunc dici nequit exstitisse titulum, sed solùm exstiturum fuisse : cùm ergo mutuatarius causa non sit cur non exstiterit, non putamus auctarium retineri posse a mutuatore. Illud verum est præsertim si non admittatur titulus destinationis lucrativæ (vid. n° 569) ; hæc applicari possunt, proportione servatâ, quoad *damnum emergens*. — 2. Quando agitur de *periculo sortis*, si mutuator hujus existentiam non cognoverit, non potest auctarium retinere. Si verò cognoverit quidem periculum, sed non cogitaverit de lucro ratione illius exigendo, quia non existimabat se titulo extrinseco indigere, major adest difficultas : videtur tamen idem dicendum ac in priori casu. Ratio decisionis pro utroque desumenda est ex defectu conventionis : hanc omnino necessariam esse vidimus ubi *de Periculo* (n° 511) ; porrò hic nil aliud videmus quàm voluntatem interpretativam, id est, inita fuisset conventio ratione periculi, si...., sed non inita est. — 3. Si admitteretur *titulus legis*, aliter de eo ratiocinandum esset ac de præcedentibus : tota enim vis illius desumenda esset ex parte legislatoris, independenter ab ulla conventione ex parte mutuatoris. Mutuator ergo qui de illo titulo non cogitâsset quacumque ex causa, posset postea, eo detecto, vi illius auctarium retinere.

Cæterùm in casibus variis in quibus mutuator ex defectu conventionis jus non habet ad auctarium retinendum, satis facilè plerumque obtinere poterit condonationem mutuatarii : quamvis enim non fuerit vera causa cur mutuator lucrum non consequeretur per aliam viam, fuit saltem occasio ; porrò ita sæpe comparati sunt homines ut satis libenter compensent damnum cujus fuerunt occasio, præsertim quando exinde aliquod lucrum seu commodum ipsi perceperunt.

610. III. *De cooperantibus ad usuram.* — Qui injustè cooperantur usuræ debent restituere in defectum usurarii, ut patet. Ut autem dignoscatur quandonam cooperentur injustè, C. de Lugo et *Collat. Ambianens.* hanc tradunt regulam. Illi, et quidem soli, peccant contra justitiam et ad restitutionem tenentur, qui ita efficaciter cooperantur ut circa talem cooperationem mutuatarius sit graviter invitus. Ratio est, quia exinde dijudicandum an adsit injuria, necne. Usurarius peccat, quia licèt mutuatario placeat quòd ipsi mutuet, ipsi tamen displicet quòd usuras exigat : aliorum autem cooperantium actiones non ita ei displicent. Sic qui cooperantur ex ejus parte et in ejus gratiam sanè injustitiam erga eum non committunt ; si restituere tenerentur, contra ipsum recursum haberent, quod repugnat. Igitur in casibus peculiaribus videndum an cooperatio sit efficax, et an sit invito domino. Ex hoc principio judicium ferri poterit de notariis, de famulis, et de cæteris cooperantibus de quibus agere solent theologi.

Art. 5. *De statu præsenti controversiæ circa usuram, et de regulis in praxi servandis.*

611. Ex iis quæ in toto capite diximus, intelligi potest de tribus præcipuè moveri quæstionem ; nempe de auctario percepto 1° ex mutuo consumptionis strictè sumpto ; 2° ex mutuo quod dicunt negotiationis ; 3° vi legis civilis.

Porrò circa Ium, id est, *lucrum ex mutuo consumptionis* strictè sumpto, ostensum est illius absolutam prohibitionem pertinere ad doctrinam Ecclesiæ, quæ nobis speciatim exhibetur in Encyclica Benedicti XIV, cujus auctoritatem et

sensum comprobavimus. Ita autem apertum est eam esse a sæculo XIII doctrinam Ecclesiæ, id est, non solùm theologorum, sed et Conciliorum ac SS. Pontificum, ut illud fateri cogantur plures ex adversariis. Ex quo sponte sequitur non aliam fuisse Ecclesiæ doctrinam prioribus sæculis, et eodem sensu intelligenda esse testimonia Scripturæ sacræ ex quibus desumpta fuit hæc doctrina : quod cæteroquin multimodè ostendimus.—Circa II^um^, id est, *lucrum ex mutuo* quod dicunt *negotiationis*, ex iis quæ attulimus concludendum existimamus quæstionis solutionem repetendam esse potissimùm ex Benedicto XIV. Porrò nobis videtur, ex una parte pro certa habendam esse auctoritatem illius Encyclicæ ; ex altera, solidè adstrui ex ea Encyclica, attentâ præsertim expositione ab ipso auctore allatâ, prohibitionem lucri ex mutuo negotiationis percepti. — Circa III^um^, id est, *auctarium perceptum vi legis*, satis patet ex modo quo quæstionem exposuimus et solvimus, nos eam non habere tanquam definitam. Et revera ex una parte, hunc titulum admittunt non pauci theologi catholici, et quidem ex argumentis non spernendis ; ex altera, qui hunc rejiciunt nullam afferunt definitionem certam et generalem, nullamque rationem quæ cum majori vel minori probabilitate solvi non possit.

Exponendum superest quid ex variis Responsis Romanis, de quibus ab initio locuti sumus (p. 409), concludi possit aut debeat, sive quoad controversiam theoricè spectatam, sive quoad agendi rationem in praxi tenendam.

612. Ut illud meliùs perspiciatur, expedit ut præ oculis habeantur illa Responsa : omnia in extensum referre non possumus ; nihil tamen ex iis omittemus quod sit alicujus momenti ad scopum nostrum.

I. Responsio Pii VIII *in Congreg. S. Officii ad* (Cl. Lud. de Lesquen) *episcopum Rhedonensem* (18 augusti 1830).

Consult. — Episcopus Rhedonensis in Gallia exponit Sacræ Congregationi Inquisitionis, non eamdem esse confessariorum suæ diœcesis sententiam de lucro percepto ex pecunia negotiatoribus mutuo data ut eâ ditescant. De sensu Epistolæ Encyclicæ *Vix pervenit* acriter disputatur : ex utraque parte momenta afferuntur ad tuendam eam quam quisque amplexus est sententiam, tali lucro faventem aut contrariam ; inde querelæ, dissensiones, denegatio sacramentorum plerisque negotiatoribus isti ditescendi modo inhærentibus, et innumera damna ani-

marum. — Ut animarum damnis occurrant, nonnulli confessarii mediam inter utramque sententiam viam se posse tenere arbitrantur : si quis eos consulat de istius modi lucro, illum ab eo deterrere conantur. Si Pœnitens perseveret in consilio pecuniam mutuo dandi negotiatoribus, et objiciat sententiam tali mutuo faventem multos habere patronos, et insuper non fuisse damnatam a Sancta Sede non semel eâ de re consultâ, tunc isti confessarii exigunt ut Pœnitens promittat se filiali obedientia obtemperaturum judicio Summi Pontificis, si intercedat, qualecumque sit; nec hâc promissione obtentâ absolutionem denegant, quamvis probabiliorem credant opinionem contrariam tali mutuo. Si Pœnitens non confiteatur de lucro ex pecunia sic mutuo data, et videatur in bona fide, isti confessarii, etiamsi aliunde noverint ab eo perceptum esse aut etiam nunc percipi istius modi lucrum, eum absolvunt, nullâ eâ de re interrogatione factâ, quando timent ne Pœnitens admonitus restituere aut a tali lucro abstinere recuset. — Inquirit ergo dictus episcopus Rhedonensis : 1° Utrùm possit horum posteriorum confessariorum agendi rationem probare? 2° Utrùm alios confessarios rigidiores ipsum adeuntes, consulendi causâ, possit hortari ut istorum agendi rationem sequantur, donec Sancta Sedes expressum eâ de quæstione judicium ferat?

Resp. — *SS. D. N. D.* Pius *divina Providentia PP. VIII, in solita audientia R. P. D. assessori S. Officii impertita, auditâ relatione superiorum dubiorum, unà cum voto Eminentissimorum D. D. cardinalium Inquisitorum generalium, respondit : Ad I, Non esse inquietandos. — Ad II, Provisum in primo.*

II. Responsio *S. Pœnitentiariæ ad* D. Gousset (nunc archiepiscopum Remensem, tunc) *vicarium generalem Vesuntinum, S. Theologiæ professorem* (16 sept. 1830).

Dub. — 1° An confessarius ille possit absolvi, qui, licèt Benedicti XIV et aliorum SS. Pontificum de usura definitiones noverit, docet ex mutuo divitibus aut negotiatoribus præstito percipi posse, præter sortem, lucrum quinque pro centum, etiam ab iis qui nullum omnino alium, præterquam legem civilem, titulum habent mutuo extrinsecum? — 2° An peccet confessarius qui dimittit in bona fide pœnitentem qui ex mutuo exigit lucrum lege civili statutum, absque extrinseco lucri cessantis, aut damni emergentis, aut periculi extraordinarii titulo?

Resp. — *S. Pœnitentiaria, diligenter maturèque perpensis propositis dubiis, respondendum censuit : — Ad I, Confessarium, de quo in dubio, non esse inquietandum, quousque Sancta Sedes definitivam decisionem emiserit, cui paratus sit se subjicere, adeòque nihil obstare ejus absolutioni in sacramento Pœnitentiæ. — Ad II, Provisum in præcedenti, dummodo pœnitentes parati sint stare mandatis S. Sedis.*

III. Responsio *S. Pœnitentiariæ ad* D. Denavit, *S. Theologiæ professorem in seminario Lugdunensi* (16 sept. 1830).

Dub. — 1° Utrùm confessarius possit in conscientia denegare absolutionem presbyteris qui contendunt legem principis esse titulum sufficientem percipiendi aliquid ultra sortem absque alio titulo, vel lucri cessantis, vel damni emergentis? — 2° Utrùm debeat?

Resp. — *Sacra Pœnitentiaria, diligenter ac maturè perpensis dubiis propositis, respondendum censuit, presbyteros de quibus agitur non esse inquietandos, quousque Sancta Sedes decisivam definitionem emiserit cui parati sint se subjicere, adeòque nihil obstare eorum absolutioni in sacramento Pœnitentiæ.*

IV. Responsio iterata *S.Pœnitentiariæ ad eumdem* (11 nov. 1831).

Consult. (24 sept. 1831). — Responso S. Pœnitentiariæ ad me directo die 16 sept. 1830.... humiliter et libenter acquiesco. Attamen... sententia quæ rejicit titulum legis civilis tanquam insufficientem videtur longè probabilior, securior, et sola in praxi tenenda, donec S. Sedes definierit. Quapropter fidelibus, qui a me consilium petunt utrùm possint auctarium percipere ex mutuo, et qui nullum habent titulum a theologis communiter admissum præter titulum legis civilis, respondeo, eos non posse præfatum auctarium exigere, et denego absolutionem sacramentalem si exigant. Pariter denego absolutionem iis qui, perceptis hujuscemodi usuris, id est, vi solius tituli legis, nolunt restituere. Quæritur 1° utrùm duriùs et severiùs me habeam erga hujuscemodi fideles? — 2° Quæ agendi ratio in praxi tenenda erga fideles, donec S. Sedes definitivam sententiam emiserit?

Resp. — *Sacra Pœnitentiaria, perpensis dubiis quæ ab oratore proponuntur, respondet : Ad I, Affirmativè : quandoquidem ex dato a S. Pœnitentiaria responso liquet, fideles hujusmodi, qui bonâ fide ita se gerunt, non esse inquietandos. — Ad II, Provisum in primo : unde orator priori S. Pœnitentiariæ responso sub die* 16 *septembris* 1830 *sese in praxi conformare studeat.*

V. Responsio *S. Pœnitentiariæ ad* (DD. Carol. de La Tour-d'Auvergne-Lauraguais, nunc S. R. E. cardinalem) *episcopum Atrebatensem* (8 junii 1834).

Consult. — Ad pedes S. V. provolutus.... — Quidam diœcesis nostræ confessarii absolvunt quidem illos, qui invictis argumentis sibi ipsis demonstrârunt legem civilem esse verum aliquid supra sortem accipiendi titulum, aut qui mutuum non exercent, nisi post consilium ab homine perito fide digno acceptum : sed absolutionem iis denegant qui, re minimè perpensâ, nec consilio a viro capaci petito, quinque pro centum exigunt absque titulo a theologis admisso, et eo solo, quòd audierint illud a lege civili permitti, vel a multis exerceri, et licèt moniti, a lucro tamen exigendo cessare nolunt. Ideo humillimè expostulat, utrùm severior habenda sit posteriorum confessariorum agendi ratio?

Resp. — *S. Pœnitentiaria Ven. in Christo Patri Episcopo oratori respondendum censuit : Ad præmissa satìs provisum per decreta S. Inquisitionis in quibus semper supponitur bona fides. In reliquis consulat probatos auctores, aut adeat peritos theologos.*

VI. Responsio *Em. Card.* de Gregorio, *Maj. Pœnit.*, *ad* (DD. Petr. Fr. Bonnel) *episcopum Vivariensem* (7 martii 1835).

Redditæ sunt mihi litteræ Amplitudinis Tuæ Ill. ac Rev., quibus exponis, nonnullos sacerdotes verbi Dei præcones in publicis concionibus docere licitum esse lucrum ex mutuo percipere titulo legis civilis,

quin ullum verbum faciant de illa conditione responsis a S. Pœnitentiaria nuper latis apposità, quà cautum est, ut pœnitentes lucrum ex mutuo legis civilis titulo percipientes parati esse debeant stare mandatis S. Sedis, et deinde expostulas an illi sacerdotes sint improbandi. Haud moror statim postulationi tuæ satisfacere, quam sanæ doctrinæ curandæ studio et ad quæstionum motiva præcavenda a te propositam fuisse perspexi. Meliori autem ratione id fieri non posse arbitror, quàm si Amplit. T. significem quæ fuerint S. Pœnitentiariæ mens atque sententia in enuntiatis decretis edendis. *S. igitur Pœnitentiaria quæstionem a theologis agitatam de titulo illo ex lege principis desumpto, haudquaquam voluit definire; sed solummodò normam proponere quam confessarii tutò sequerentur erga pœnitentes qui moderatum lucrum lege principis statutum acciperent bonâ fide, paratique essent stare mandatis S. Sedis.* Qui itaque docent absolutè in sacris concionibus licitum esse lucrum ex mutuo percipere titulo legis civilis, reticitis enuntiatis conditionibus, christiano populo potiùs propria quàm S. Sedis placita proponunt, et partes judicis sibi temerè assumentes, privatà auctoritate definiunt quæstionem, quam S. Sedes nondum voluit definire. Quæ cùm ita sint, profectò vides horum agendi rationem probari minimè posse. Tu igitur, qui in excolendo dominico agro tibi commisso præes, cura ne verbi Dei præcones singularia placita fidelibus proponant, neque ultra ea quæ ad salutem sunt necessaria aut summopere utilia sermo eorum divagetur.

VII. Responsio *S. Officii ad* (DD. Dominic. Galvano) *episcopum Nicæensem* (17 januar. 1838).

Dub. — An pœnitentes qui moderatum lucrum, solo legis titulo ex mutuo, dubià fide, vel malâ perceperunt, absolvi sacramentaliter possint nullo imposito restitutionis onere, dummodo de patrato ob dubiam vel malam fidem peccato sincerè doleant, et filiali obedientià parati sint standi mandatis S. Sedis?

Resp.— *In congregatione generali S. Rom. et Univ. Inquisitionis.. proposito suprà dicto dubio, Em. et Rev. DD. dixerunt : Affirmativè, dummodo parati sint stare mandatis S. Sedis.*

Talia sunt præcipua Congregationum Romanarum Responsa, quorum pleraque gaudent privilegio confirmationis apostolicæ: plura in compendium redacta ab ipsis SS. Congregationibus, ad omnes interrogantes tanquam regula tuta et uniformis mittuntur, jussu ipsorum SS. Pontificum, non in Galliam tantùm unde profectæ sunt priores consultationes, sed in Italiam et in omnes orbis catholici regiones: ubique summo plausu excepta fuerunt; episcopi ea proponunt confessariis in praxi sequenda, aut saltem ea in suis diœcesibus applicari sinunt. Unde in dubium revocari nequit eorum auctoritas. Videndum 1º an propter

illa aliquid immutandum habeamus in iis quæ diximus; 2° quonam sensu intelligenda sint; 3° demum quænam regulæ servandæ sint in delectu et applicatione variarum opinionum circa quæstiones ad usuram spectantes.

613. 1° *Utrùm ex novissimis Responsis Romanis aliquid immutandum sit in doctrina hactenus exposita?*

Quamvis id nonnulli affirmaverint aut affirmare visi fuerint, contrarium facilè ostendi posse putamus.

1° Si eligendum esset inter constitutionem Benedicti XIV et Responsa Romana, planè assentiremur Ill. Archiepiscopo Tolosano: « Hujus Constitutionis auctoritati nullo modo æquiparari valet responsionum S. Pœnitentiariæ auctoritas... Verè dogmaticum ac solemne » judicium protulit in sua Constitutione Benedictus XIV; dum » S Pœnitentiaria nonnullas tantùm agendi rationes tradit, juxta quas » prudenter sese gerere possint confessarii erga fideles, et tantùm » abest ut judicium propriè dictum ferre prætenderit, ut e contrà » supponat aliquando ferendum esse, circa quæstiones de quibus interrogatur, judicium, cui debênt esse se subjicere parati illi quorum gratiâ consulitur. — Benedictus XIV quinque articulos exponit, approbat, confirmat tanquam veram continentes Ecclesiæ » doctrinam; admonet episcopos ut omnem sollicitudinem impendant, ne quis verbis aut scriptis, etc... S. Pœnitentiaria nihil definit, nihil probibet, nihil præcipit; et ipsi satis est si dicat: Non » esse inquietandos fideles... — Benedictus XIV suam constitutionem ad omnes Italiæ archiepiscopos, episcopos et ordinarios dirigit: S. Pœnitentiaria privatim responsa facit, vel simplicibus fidelibus, vel alicui episcopo, a quibus separatim et variis temporibus » fuit interrogata. — Ergo ea est constitutionis Benedicti XIV auctoritas, cui Pœnitentiariæ responsionum auctoritas æquiparari non » possit, etiamsi accedat episcoporum consensus; quippe qui earum » naturam non mutaret, maximè cùm multò major doctorum et episcoporum pars pro doctrina constitutionis steterit: adeò ut dicere » non vereamur, quod et ab ipsis Romanis theologis minimè est inficiandum, nempe adhuc tenendam esse constitutionis doctrinam, » etsi fortè, quod absit, ipsi contradicerent S. Pœnitentiariæ decisiones. » — Verùm, ut indicant postrema hæc verba,

2° Multùm abest quin admittenda sit contradictio inter Benedictum XIV et Responsa Romana. Nullatenus supponi potest SS. Pontifices qui a Benedicto XIV ad nostra usque tempora, modò ejus doctrinam ut agendi normam proposuerunt, modò has Responsiones confirmârunt, sibi invicem adversari: et pro certo habendum noluisse has Congregationes a doctrina Benedicti XIV recedere; habe-

mus expressum S. Officii Responsum ad presbyterum Augustodunensem (suprà, n° 551); et aliquando eæ ipsæ Congregationes ad Encyclicam remittunt. Et revera si rem expendamus, ut ita dicam, *ab intrinseco*, nihil in iis Responsis occurrit quod cum Benedicti XIV doctrina conciliari non possit. Nihil directè definitur circa usuram : declaratur eos de quibus ibi agitur non esse inquietandos, *quousque S. Sedes definitivam decisionem emiserit, cui parati sint se subjicere ;* quæ supponunt hìc et nunc defitionem non dari, ut mox pleniùs ostendemus. Hinc solummodo deducendum est, pro non definitis habendas esse quæstionem aut quæstiones circa quas declaratur non esse inquietandos confessarios aut pœnitentes : sic enim non responderetur circa quæstionem definitam, seu de qua nulla prorsus remaneret controversia. Sub eo igitur respectu videndum est num infirmentur ea quæ ex Benedicto XIV attulimus. Quod ut præstemus, loquemur seorsim de tribus punctis quæ suprà indicavimus (n° 611.)

I. Quoad lucrum *ex mutuo consumptionis strictè sumpto*, nihil videmus in Responsis Romanis quod ad illud referatur : in omnibus enim Consultationibus agitur, vel de titulo legis civilis, vel saltem *de lucro percepto ex pecunia negotiatoribus mutuo data ut eâ ditescant*, ut fert Consultatio Episcopi Rhedonensis.

Sola difficultas oriri posset ex Responso ad capitulum Locarnense ; quod utpote prolixius ex integro referre non potuimus : duo priora quæsita, ibi proposita, cùm sint generalia, videri possent respicere etiam mutuum consumptionis. Sed advertendum est in tertio quæsito agi de lege civili, de consuetudine et de consensu populorum ; in quarto autem de opinione ordinariorum et virorum commendabilium : cùm ergo ad quatuor quæsita simul collectivè respondeat S. Congregatio, nihil ex illo responso concludi potest quoad lucrum quod perciperetur secluso titulo legis et consuetudinis. Ergo quoad mutuum consumptionis in se sumptum remanet controversia in eodem prorsus statu quo erat ante præfata Responsa.

II. Quoad lucrum perceptum *vi legis civilis*, nihil definivit Benedictus XIV. Docuimus hunc titulum versari intra limites opinionum quas admittere sinit Ecclesia : id autem deducitur ex Responsis Romanis, non tantùm per

viam consectarii, sed et omnino apertè : vid. speciatim Responsa ad D. Gousset, D. Denavit, et ad Episcopum Nicæensem (nº 612, II, III, IV, VII). Sed simul hunc titulum probabiliùs rejiciendum existimavimus. Porrò nihil in contrarium occurrit in præfatis Responsis : nullibi adest definitio in gratiam illius tituli. Contrà habemus testimonium Majoris Pœnitentiarii, qui rescribens ad Episcopum Vivariensem (*ibid.* VI), expressè ait S. Pœnitentiariam hanc quæstionem *haudquaquam voluisse definire :* idemque agnoscit in Responso ad Episcopum Bajocensem 10 jul. 1835. Addere possemus, ex testimoniis fide dignis, PIUM VIII et GREGORIUM XVI, sub quibus prodierunt hæc Responsa, non admisisse hunc titulum, quem multi pariter postea, etiam Romæ, rejiciunt.

614. III. De lucro percepto ex *mutuo negotiationis* dicto. Hic major adest difficultas, quia ex una parte, satis aperta videtur decisio Benedicti XIV contra hujusmodi lucrum (nº 594) ; ex altera, satis solidè probari videtur hanc quæstionem haberi non posse ut definitam. Istud deducitur ex Responsis Romanis. In Consultatione Episcopi Rhedonensis nulla fit mentio de titulo legis, sed agitur tantùm de mutuo negotiationis : cum ergo responsum fuerit, *Non esse inquietandos confessarios* qui absolutionem dant pœnitentibus sequentibus opinionem tali mutuo faventem, et qui ipsi opinionem contrariam habent tantùm ut probabiliorem, intelligitur hanc opinionem non haberi ut damnatam. Insuper eadem Consultatio inducit pœnitentes præfatos respondentes confessario, *Sententiam tali mutuo faventem multos habere patronos, et insuper non fuisse damnatam a S. Sede non semel ea de re consulta ;* nec quidquam in contrarium exprimitur in responsione. Sed et idem jam antea educi poterat e pluribus argumentis. Statim post emissam Encyclicam, Maffeius suam doctrinam in ea invenire sibi visus est, et liber illius Romæ prodiit cum permissionibus ordinariis, et Benedicto XIV ipsi dicatus, licèt ibi propugnet licitum esse lucrum ex mutuo negotiationis. Postea plura vulgata sunt opera in eodem sensu, nec ea aut eorum auctores Ecclesia

damnavit. Nostris ipsis temporibus Romæ prodiit opus Mastrofini, non solùm cum permissionibus consuetis, sed cum honorificis approbationibus. Satis aliunde notorium est in variis regionibus vigere praxim educendi lucrum e mutuo negotiationis, videntibus, nec reclamantibus, imò sæpe probantibus Ecclesiæ pastoribus : ita fertur de Germania, Anglia, Hybernia, America, etc.; et in multis Galliæ urbibus, aut etiam provinciis, jamdiu non desunt confessarii qui eamdem praxim tolerant, aut approbant. Inter eos etiam qui hoc lucrum illicitum reputant, non pauci doctrinâ commendabiles, et optimi catholici, non condemnant eos qui aliter sentiunt. Citari possent multi præsules Gallicani, qui ita sentiebant ante Responsiones Romanas, a fortiori postea.

Quamvis nonnulla ex his posseut variis observationibus elidi, agnoscendum tamen reipsa videtur habendum non esse tanquam ab Ecclesia certò damnatum lucrum perceptum in mutuo negotiationis. Pro inconcusso quidem haberi debet non posse percipi præcisè vi mutui : sed propugnari potest ibi intervenire reipsa, aut saltem intervenire posse alium contractum; qui quidem erit licitus, si sit in casu speciali possibilis et æquitati consentaneus, simulque verè et realiter intendatur a tradente pecuniam; qui saltem poterit esse e numero eorum quos Ecclesia non damnavit. Quidam idem explicant ope alicujus distinctionis : distinguunt mutuum negotiationis simplex, et mutuum quod vocari posset restrictum seu strictè sumptum : prius locum habet eo ipso quo pecunia a mercatore accepta ab eo destinatur ad negotiationem ; posterius verò, quando tradens pecuniam expressè stipulatur eam fore sic adhibendam. Jam verò, inquiunt, propugnari absolutè potest mutuum posterius non cadere sub expressa condemnatione Encyclicæ, quia videtur non differre a contractu trino implicito.

Quidquid sit de variis hisce explicationibus, ultimatè concludimus immotam quidem stare auctoritatem Encyclicæ Benedicti XIV. Quando autem quæritur utrùm in eâ absolutè reprobetur lucrum ex mutuo negotiationis,

id adstruisse nobis videmur. Sed esto quòd planè obvius sit et naturalis sensus quem Encyclicæ tribuimus; estne ita apertus et manifestus, ut nonnisi cum evidenti mala fide negari possit, et quâcumque probabilitate destituta judicari debeat quælibet interpretatio in contrarium? Non ita sentiunt multi doctores, qui reipsa aliter interpretantur; item multi qui in nostro sensu intelligunt, sed tantùm ut probabilius. Jam verò Ecclesia ad quam pertinet determinare quid absolutè definitum censeri debeat, quid adhuc disputationi relictum, eos omnes non habet ut suæ auctoritati rebelles, et opinionis damnatæ patronos. Ergo reipsa agnoscendum est quæstionem non esse omnino definitam.

615. II° *Quonam sensu intelligenda sint Responsa Romana?*— Jam observavimus, et ex mera inspectione Responsorum intelligitur, SS. Congregationes Romanas noluisse quidquam speculativè definire circa lucrum ex mutuo : sed, prout ex epistola Majoris Pœnitentiarii ad Episcopum Vivariensem apertè edocemur, *solummodo normam proponere, quam confessarii tutò sequerentur erga pœnitentes...* (n° 612, VI). Quædam igitur observare nobis sufficiat ut dirigantur confessarii in sequenda norma sibi proposita.

I. In Responso ad Episcopum Rhedonensem agitur primùm de pœnitente qui *non confitetur de lucro ex pecunia mutuo data percepto, qui videtur in bona fide*, et de quo *timetur ne admonitus restituere aut a tali lucro abstinere recuset*, et dicitur non inquietandos confessarios qui eum absolvunt nullâ eâ de re interrogatione factâ, etiamsi aliunde noverint ab eo perceptum esse aut etiam nunc percipi istius modi lucrum. Porrò, quæcumque admittatur opinio de lucro ipso, optimè responderi potuit confessarium posse, imò et debere generatim loquendo talem pœnitentem non monere : id sequitur ex principiis quæ exponuntur in Tr. *de Pœnitentia.* — Dicimus tamen *Generatim loquendo*, quia principio generali quasdam restrictiones apponunt theologi accurati, quas indicat Benedictus XIV in Constitutione *de Præparatione*

ad Jubilæum, ad quam remisit Pius VI, Archiepiscopo Viennensi (DD. d'Aviau, postea archiep. Burdigalensi) de usura respondens (12 aug. 1795), v. g., in casu scandali, etc. Responsio autem præfata, quæ est omnino generalis, non impedit quin in praxi applicari possint ac debeant hujusmodi restrictiones, si quandoque iis locus sit.

616. II. Quando agitur de pœnitentibus qui *consulunt aut saltem loquuntur de lucro quod percipiunt*, respondetur non esse inquietandos confessarios qui iis absolutionem impertiuntur; item nec inquietandos esse a confessario presbyteros qui tale lucrum percipere permittunt. Sedulò investigandum est quonam sensu intelligenda sint prædicta Responsa, et quousque extendantur.

1° In variis illis Responsis supponitur eos de quibus agitur versari *in bona fide*. Etenim 1. in Consultatione Episcopi Rhedonensis agitur de via quam confessarii se posse tenere *arbitrantur*, seu de qua habent conscientiam formatam, et ipsi illi confessarii bonam fidem in pœnitentibus supponunt, ut modò dicemus. 2. Quamvis in priori Responso ad D. Denavit expressa mentio non fieret de bona fide, constat ex responso posteriori eam ibi supponi debuisse. 3. Ex Responso Maj. Pœnitentiarii ad Episcopum Vivariensem constat etiam varia S. Pœnitentiariæ decreta intelligi debere de iis qui lucrum accipiunt bonâ fide. 4. In Responso ad Episcopum Atrebatensem expressè dicitur : *In decretis S. Inquisitionis semper supponitur bona fides.* 5. Demum ipsa ratio satis dictat non posse absolutione dignos reputari eos qui non agerent bonâ fide, id est, cum conscientia sufficienter formata, ut mox evolvemus.

Exsurgit tamen aliqua difficultas ex Responso ad Episcopum Nicæensem (n° 612, vii). — Verùm 1. ex ipso Responso quod objicitur patet pœnitentes contritos esse debere de peccato patrato ob dubiam vel malam fidem : ergo non potuissent absolvi quamdiu in ea dubia vel mala fide permansissent. 2. Quod hìc supponitur quoad ipsam actionem lucrum percipiendi, debet pariter applicari quoad lucri percepti restitutionem. Profectò sensus Responsionis non est absolvi posse pœnitentes qui restitutio-

nem omittunt cum dubia aut mala fide, id est, existimantes eam deberi, aut saltem de eo dubitantes : ergo intelligenda est de iis qui in dubia aut mala fide lucrum percipientes, non tamen existimabant deberi restitutionem, ut de viris præsertim indoctis supponi potest; vel de iis qui, post lucrum perceptum, malam aut dubiam fidem deposuerunt, et nunc persuasum habent non esse restituendum : quo posito, facilè intelligitur eamdem dari debuisse decisionem circa lucri restitutionem ac circa perceptionem ; et quidem independenter a mala fide præcedenti, quia mala fides nihil confert ad obligationem restituendi in se spectatam, id est, non inducit per se solam restituendi obligationem aliàs non existentem.

Præcipua difficultas esse poterit ad discernendum in praxi quandonam adsit sufficienter illa bona fides, seu cui motivo inniti debeat. Quæcumque sint motiva, semper requiritur ut ex illis reipsa pœnitens sibi efformaverit conscientiam saltem practicè, adeò ut non agat nisi cum persuasione de honestate suæ actionis : illud est enim principium generale adeò constans, ut necesse visum non fuerit illud exprimere in Responsis tantâ brevitate concinnatis. Duplicis generis potest esse illa persuasio : vel negativa, quia nempe agens nihil audivit unde suspicetur malitiam suæ actionis ; vel positiva, quia si dubium eâ de re in mente illius exortum sit, sublatum est, saltem practicè, per aliqua motiva quæ quidem diversa esse possunt pro diversitate personarum et circumstantiarum. Uno verbo, standum putamus principiis generalibus de efformatione conscientiæ, quæ fusiùs exponere non est præsentis loci, sed pertinet ad. Tr. *de Conscientia ;* ubi simul expendendum erit an Responsa Romana faveant doctrinæ Probabilistarum, ut nonnullis visum est.

2° *Dispositio standi mandatis S. Sedis,* seu se subjiciendi decisioni definitivæ S. Sedis, enuntiatur in variis Responsis tanquam conditio, *Dummodo parati sint,* etc. Et reipsa nisi adesset, jam difficilè supponi posset bona fides de qua mox loquebamur. Quidam tamen dubitant an pœnitentes eâ de re interrogari debeant. Agnoscimus

magnâ opus esse prudentiâ : recurrendum hic etiam ad principia generalia de agendi ratione tenenda a confessario quoad informationem conscientiæ sui pœnitentis.

617. — 3° Declaratur in iis Responsis *inquietandos non esse* confessarios, aut pœnitentes de quibus agitur : operæ pretium est indicare quisnam sit præcisè sensus, quænam vis eorum verborum. — 1. Si attendatur Consultatio Episcopi Rhedonensis, et Responsum datum duobus quæsitis quæ includebat, observare possumus non dici, prout postulabatur, priores confessarios approbari posse, sed tantùm non esse inquietandos seu conscientiæ suæ relinquendos. Quando autem ad II^{um} dicitur *Provisum in primo*, quidam intelligunt in eo sensu quòd possit episcopus hortari confessarios rigidiores ut priorum agendi rationem sequantur. Sed nobis non constat de legitimitate consequentiæ : cùm enim priores non dicantur probandi, sed tantùm non inquietandi, si quis posteriores hortetur ad eos imitandos, jam ultra id quod continetur in primo progreditur. — 2. Quando agitur de presbyteris qui docent legem esse titulum legitimum, vel de fidelibus qui lucrum percipiunt ex solo titulo legis, sequitur ex Responsis S. Pœnitentiariæ ad D. Denavit, non solùm non inquietandum esse confessarium qui iis absolutionem impertitur, sed et duriùs et severiùs se habiturum esse eum qui hanc denegaret. Sed observandum est hanc decisionem ex verbis subsequentibus satis restringi ad pœnitentes qui sunt in conditionibus mox assignatis, nempe bona fide, etc. : unde non sequitur semper dandam esse absolutionem, sed dici potest agendi rationem consulentis improbari propter suam generalitatem.— 3. Ex Responso ad episcopum Nicæensem, qui lucrum ex simili titulo perceperunt, possunt absolvi etiam non imposito restitutionis onere, dummodo doleant de peccato, et parati sint stare mandatis.

Ad hoc ergo practicè reducuntur Responsa Romana : inquietandi non sunt qui lucrum ex mutuo percipiunt bonâ fide, id est, cum conscientia sufficienter efformata, et cum dispositione se subjiciendi judicio S. Sedis, si interveniat. Sive ergo ille qui lucrum percipit admittat

mutuum negotiationis, sive dicat mutatas esse circumstantias temporum et exinde induci variationem quoad applicationem principiorum, sive recurrat ad titulum legis, vel consuetudinem generalem, vel ultroneum ac mutuum omnium consensum, sive ad alia hujusmodi, non est inquietandus. Pariter sive ex perpensa per semetipsum quæstione, sive ex auctoritate eorum qui hanc sententiam tuentur, sive ex eorum exemplo qui hanc sequuntur, sive alio quocumque modo, conscientiam formatam habeat, modò verè sit in bona fide, non est inquietandus. Tandem quæcumque sit opinio ipsius confessarii circa legitimitatem lucri in se spectatam, sive eam admittat, sive rejiciat, non debet ideo pœnitentem inquietare : SS. Congregationes Romanæ liberum omnino ipsi relinquunt judicium speculativum de quæstione in se sumpta, sed ipsi tradunt regulam quam in praxi sequi debet; unde quamcumque opinionem speculativè teneat, non potest eam aliis imponere tanquam legem quam necessariò sequi teneantur. Sed nihil videmus in iis Responsis unde concludere possimus confessarium, qui ipse non admittit sententiam lucro faventem, posse informare conscientiam pœnitentis qui informatam non haberet. Agnoscendum est tamen hæc Responsa paulatim apud ipsos fideles divulgata, a pastoribus et confessariis libenter accepta et ad praxim deducta in sensu plerumque satis lato, facilè influere posse ad efformandam in fidelibus eam persuasionem, quòd hodie liceat lucrum ex mutuo percipere, sicque ipsos constituere in statu bonæ fidei.

618. III° *De regulis servandis in delectu et applicatione variarum opinionum circa quæstiones ad usuram spectantes.* — I. Quando agitur de efformanda sibi opinione circa quæstiones de usuris, *ab extremis, quæ semper vitiosa sunt, longè* abstinendum est, juxta consilium BENEDICTI XIV, § 8, nempe a nimia severitate, sicut a nimia indulgentia. Qui scopus ut obtineatur, præstò sit regula *ibid.* tradita : *Suis privatis opinionibus....* (p. 408). Hic adnotare sufficiat hanc regulam optimè congruere cum Responsis Romanis : vid. Responsum ad Episcopum Atre-

batensem (p. 515); pariter S. Congregatio Inquisitionis quoad nonnulla quæsita respondet canonicis Locarnensibus (31 aug. 1831), *Consulant Encyclicam Benedicti XIV et probatos auctores*. Ex quibus intelligitur in hac materia, sicut in aliis de quibus non pronuntiavit Ecclesia, sequendam esse sententiam probatorum et peritorum theologorum, seu standum esse regulæ consuetæ.

II. Qui juxta hanc regulam opinionem suam efformavit, debet eam nonnisi moderatè tueri et proponere, abstinendo omnino ab injuriis et conviciis in contrariam sententiam, si præsertim ratione et præstantium virorum testimoniis minimè careat. Ita pariter BENEDICTUS XIV, § 8. Facilè intelligitur monitum illud per Responsa Romana magis ac magis inculcari iis qui rigidiorem sententiam sectantur. Sed neque excidere debet ex memoria eorum qui stant pro benigniori.

III. Si ille qui efformatam opinionem habet, ab aliquo consulatur, non potest respondere nisi secundùm suam opinionem. Illud contra quosdam probabilistas probatur in Tr. *de Conscientia*. Si ergo stet pro sententia rigidiori, nihil occurrit in Responsis Romanis ex quo possit aliter respondere quàm juxta mentem suam et secundùm id quod tanquam veritatem habet : sed ex iis Responsis patet eum non posse obligare consulentem seu pœnitentem ad sequendam opinionem quam ipsi proponit. Imò poterit, et etiam aliquando debebit, præsertim si consulens non sit omnino indoctus, non ipsi purè et simpliciter respondere, sed dicere tantùm id sibi videri probabilius ob tales rationes; addendo non deesse qui aliter sentiant, et quidem gravibus momentis innixi, quorum opinionem sequi poterit, si coram Deo judicet eam prævalere debere, vel indicando Responsa S. Sedis, quatenus possunt applicari statui in quo versatur consulens; ex quibus si dubium saltem practicè deponat, jam securus erit.

IV. Demum pastor, confessarius, et alii quibus cura incumbit fideles dirigendi in viam salutis, hæc circa lucrum ex mutuo advertere debent. — 1° Agnoscunt etiam mitioris sententiæ patroni, ad casum quo urget præceptum cha-

ritatis (vid. nº 523) non esse applicanda quæ ipsi docent de legitimitate lucri ex mutuo percipiendi.— 2° Agnoscunt etiam omnes, regulas in Responsis Romanis traditas non spectare ad lucrum supra taxationem legalem perceptum. Ex una parte, tunc non applicatur titulus legis civilis ; et ex altera, etiam quando adest alius titulus, princeps jus habet taxandi auctarium, ad præcavendas ruinosas usurariorum vexationes, et huic taxationi standum est, prout diximus antea (nº 181). Addi potest, vix supponi posse bonam fidem contra taxationem legis, cui standum esse est persuasio communis. — 3º Si ille qui vult pecuniam suam collocare et lucrum ex ea educere, habeat titulum legitimum, instruendus est et ita dirigendus ut suo titulo utatur : sic enim omnino securus esse poterit. Pariter si possit contractum aliquem certò justum inire, id ei omnino suadendum est, eum admonendo ut contractum instituendum antea declaret, et conditiones explicet, prout monet Benedictus XIV, § 9 : hæc magnopere conferunt, inquit, ad animi sollicitudinem et scrupulos evitandos. — 4º Quando locus est applicandi Responsa Romana, cavere debet confessarius ne desint conditiones in iis expressæ ; quæ paucissimis quidem verbis enuntiantur, sed quæ eo ipso sunt attentè ponderandæ, et juxta principia generalia explicandæ : nec enim intendunt SS. Congregationes Romanæ ab iis principiis recedere, quamvis non semper necessarium judicent ea explicitè indicare. — 5° Observare solent benignioris sententiæ patroni contra rigidiores, non pertinere ad privatum definire quæstionem quam nondum definivit Ecclesia; item injustitiæ committendæ periculo se exponere eum qui obligat ad restitutionem ob lucrum perceptum, quod non constat esse usurarium. Illud libenter agnoscimus; sed optamus simul ne e memoria excidat, non minùs judicis partes sibi assumere eum qui absolutè pronuntiat lucrum esse licitum, quàm qui pronuntiat esse prohibitum (vid. Resp. ad Episcopum Vivariensem) ; item non minùs injustitiæ periculo se exponere eum qui impedit restitutionem fortè debitam mutuatario, quàm qui præcipit restitutionem fortè non debitam.

CAPUT XIV.

DE CONTRACTIBUS ACCESSORIIS.

619. Per contractus accessorios, illi intelliguntur qui supponunt contractum principalem cui accedunt, et a quo aliquatenus pendent. Hi tendunt præsertim ad assecurandam exsecutionem contractûs principalis. Sunt quædam alia media quæ adhibentur ad promovendam eamdem exsecutionem, et quæ vel a sola lege oriri possunt, vel saltem ab ea sæpe oriuntur : quo in casu propriè dici nequeunt contractus accessorii, sed vocantur accessoria contractuum. Ex conventione partium oriuntur fidejussio (*le cautionnement*), et pignus (*le nantissement*) : ex conventione aliquando, sæpe autem ex lege, ortum ducunt hypotheca, et apprehensio corporis (*la contrainte par corps*) : ex sola lege, expropriatio coacta.

De his duobus postremis non loquemur speciatim. *Expropriatio coacta* pro objecto habere potest *bona mobilia*, vel *immobilia*. In priori casu, variis nominibus designatur pro varietate bonorum, et de ea statuitur in Codice judiciali, art. 557-655. In posteriori casu, potiori jure dicéretur *Saisie immobilière*. Codex civilis ponit tantùm quædam principia circa illius apprehensionis objectum, circa eos ad quos pertinet eam provocare, vel contra quos provocari potest, et tandem circa titulum ad hoc requisitum; art. 2204-2217 : quomodo autem hæc obtineri et ad exitum deduci possit determinatur in lege 2 junii 1841, quæ includitur in Codice judiciali, art. 673-748. — Quoad *apprehensionem* verò *corporis*, seu detrusionem debitoris in carcerem ut cogatur ad satisfaciendum suæ obligationi, plura statuebantur in Codicibus civili, judiciali et commerciali : sed multæ modificationes allatæ fuerant per legem 17 april. 1832, sive *in materia civili*, in qua apprehensio locum non habebat nisi pro casibus lege determinatis; sive *in materia commercii*, in qua faciliùs admittebatur, et modo quasi generali, positis tantùm quibusdam exceptionibus; sive in *materia denariorum publicorum*. Verùm in Decreto 9-14 mart. 1848 sic statuitur : « Dans tous les cas où la loi autorise la contrainte par » corps, comme moyen pour le créancier d'obtenir le paiement d'une » dette pécuniaire, cette mesure cessera d'être appliquée jusqu'à ce » que l'Assemblée Nationale ait définitivement statué sur la contrainte » par corps. »

Superest ergo ut de tribus prioribus dicamus; et quidem breviter, pleraque, utpote ad forum externum præsertim spectantia, remittentes ad jurisperitos.

ART. 1. *De fidejussione*, Gallicè *du Cautionnement*.

620. I° Fidejussio DEFINIRI potest : *Contractus quo unus vel plures in se suscipiunt alienam obligationem adimplendam, si debitor principalis eam non impleverit*. Ita quoad substantiam art. 2011.

Ex hac definitione intelligitur fidejussionem non esse nisi contractum *accessorium*. Unde sequitur 1°, si obligatio principalis irrita sit, irritam esse et fidejussionem, quæ stare non potest nisi cum obligatione valida; art. 2012. Attamen si obligatio principalis elidi possit tantùm per exceptionem personalem obligati, v. g., in casu minoris, iniri potest fidejussio; *ibid.* Hinc agnoscunt jurisperiti vim non habere fidejussionem debiti ex ludo vel sponsione orti: cùm denegetur quælibet actio (n^is 491, 492), satis patet creditorem qui debitum non recepit non magis habere actionem contra fidejussorem quàm contra ipsum debitorem. — Sequitur 2° fidejussionem non posse extendi ultra obligationem principalem, nec iniri sub conditionibus magis onerosis; si tamen ultra extendatur, non est ideo irrita, sed reductibilis ad mensuram obligationis principalis; art. 2013. — Sequitur 3° per fidejussionem non tolli obligationem principalem: non liberatur debitor quia alius pro eo fidejussit, sed hic tantùm accedit, ut eo securior fiat creditor.

Est fidejussio contractus *non solemnis*: nulli formæ speciali subjicitur. Attamen debet fieri verbis expressis: non in eo sensu quòd sint quædam verba, ut dicitur, sacramentalia; sed quia non præsumitur, nec debet extendi ultra verborum limites; art. 2015. Hinc clarè exprimi debet reipsa suscipi obligationem debitoris principalis.

II° Distinguitur triplex *fidejussionis* SPECIES: *conventionalis*, quæ locum habet quando debitor se obligavit ad habendum fidejussorem; *legalis*, quam lex ipsa dari præcipit, v. g., in art. 120 quoad bona absentium, in art. 601 quoad usufructuarium; et *judicialis*, quæ præcipitur a judice, v. g., quando alicui adjudicantur provisoriè quædam bona sub onere dandi fidejussorem obligationis ea reddendi, si opus sit; art. 135 et 155 Cod. judicialis.

In eo differunt tres illæ fidejussionis species, quòd 1° ille qui obligatur ex lege vel sententia judicis ad præbendum fidejussorem, possit, si non inveniat, ejus loco tradere pignus ad securitatem debiti; art. 2041: illud autem non admittitur quoad fidejussionem conventionalem; quia crediturìs interest habere fidejussorem potiùs quàm pignus quod custodire tenetur, quod aliquando potest subripi, etc. 2° Quædam exiguntur dotes in fidejussore judiciario, et quædam onera illi imponuntur, quæ non pertinent ad alios fidejussores, ut in decursu videbitur.

621. III° QUINAM *possint esse fidejussores.* Ut quis possit esse fidejussor, requiritur 1° ut sit *ad contrahendum habilis:* alioquin non posset suscipere in se obligationem, ut patet. 2° Ut *domicilium* habeat in territorio Curiæ regiæ loci in quo fidejussio dari debet; art. 2018 et 2040. Ita statutum fuit ne difficilius foret creditori jus suum prosequi. 3° Ut habeat *bona sufficientia* ad assecurandum debitum pro quo fidejubet; art. 2018 et 2040: alioquin non obtineretur scopus fidejussionis. Bona autem non habentur ut sufficientia, nisi sint immobilia, excepto tamen casu commercii vel debiti modici; et nisi sint a lite immunia, nec nimis difficilis discussionis ob distantiam loci in quo sita sunt; art. 2019 et 2040. Ideo excluduntur bona mobilia,

quia faciliùs alienari possunt, nec possunt in hypothecam dari. In fidejussore judiciario requiritur insuper ut sit obnoxius apprehensioni corporis; art. 2040.

Dotes illæ ita requiruntur, ut si fidejussor iis polleret quando acceptatus fuit a creditore, sive voluntariè, sive coram judice, et postea eas amittat, novus fidejussor constituendus sit; excepto tantùm casu quo priorem fidejussorem creditor ipse nominatim requisierat; art. 2020. Cæterùm in foro conscientiæ qui fidejussores se constituunt, cùm sint solvendi incapaces, præsertim si dubitent an principalis debitor solvere queat, graviter peccant; ac proinde, si creditor ex ista fidejussionis larva damnum aliquod patiatur, illud reparare tenentur. Ita, et meritò, D. Bouvier.

622. IV° De effectibus *fidejussionis*, — I. *Inter fidejussorem et creditorem.* — 1° Non solvente debitore, *solvere tenetur fidejussor.* Hæc est ipsa contractûs natura. Et quidem fidejussio indefinita obligationis principalis includit omnia debiti accessoria; art. 2016. Fidejussoris autem obligationes transeunt ad ejus hæredes, exceptâ nihilominus apprehensione corporis; art. 2017. Cùm tamen fidejussor non teneatur nisi in defectum debitoris, illi conceditur *beneficium ordinis*, seu *excussionis*. Scilicet potest postulare ut priùs excutiantur debitoris facultates, ut constet eum solvendo imparem esse: nisi tamen huic beneficio renuntiaverit, vel nisi se obligaverit in solidum cum debitore, quo in casu applicantur quæ dicta sunt de debitis in sòlidum; art. 2021. Sed hoc discussionis beneficium non competit fidejussori judiciario; art. 2042. Non habet locum etiam in materia commercii, seu inter mercatores: ita omnes auctores, ait Troplong.

2° Quando plures sunt fidejussores pro eodem debito, *unusquisque tenetur ad totum debitum*; art. 2025. Ad temperandum hujus dispositionis rigorem, inductum est *beneficium divisionis;* id est, potest unusquisque fidejussor, nisi huic beneficio renuntiaverit, exigere ut creditor dividat suam actionem, et eam restringat ad partem uniuscujusque: si tamen tunc sint quidam fidejussores solvendo impares, fidejussor qui divisionem postulavit tenetur pro iis, proportione servatâ; secùs, si nonnisi post divisionem facti sint impares; art. 2026.

II. *Inter fidejussorem et debitorem principalem.* — 1° *Antequam solverit*, potest profectò fidejussor invigilare, et elicere circa bona debitoris actus, ut aiunt, conservatorios, quibus assecuretur sive solutio debiti, sive proprius recursus si ipse solvere cogatur. Potest, etiam antequam solverit, agere contra debitorem, et ipsum cogere ad solvendum, in quinque casibus: 1. si ipse solutionis causâ in jus vocetur; 2. si debitor bonis cesserit, vel sit in statu decoctionis; 3. quando debitor se obligavit ad exhibendam liberationem intra certum quoddam tempus, etiamsi postea prorogationem obtinuerit; 4. quando debiti terminus elapsus est, pariter etiamsi prorogatio concessa fuerit; 5. post decennium, quando debito principali nullus terminus assignatus est, nisi tamen hoc talis sit naturæ ut non possit exstingui ante quoddam tempus, ut tutela; art. 2032, 2039.

2° *Postquam solvit* fidejussor, 1. recursum habet contra principa-

lem debitorem, pro ipsa summa soluta, pro interesse, pro impensis quas pertulit post monitum debitorem principalem, et pro damnis, si adfuerint; art. 2028 : sive fidejussor habeatur ut mandatarius debitoris, sive ut ejus negotiorum gestor, habet, ex principiis generalibus, art. 1375, 1999, suum recursum. Sed cùm ille recursus non extendatur ad impensas quas ex culpa sua subiit, non comprehendit eas quas pertulit ante monitum debitorem. Quando plures debitores tenebantur in solidum, ipse fidejussor recursum habet contra unumquemque pro summa totali; art. 2030. Sed si solverit non monito debitore principali, et iste solverit secundâ vice, vel si solverit quando potuisset debitor obtinere ut debitum declararetur exstinctum, non habet recursum contra debitorem, sed solùm contra creditorem, a quo poterit solutum repetere; art. 2031. — 2. Subrogatur omnibus juribus quæ habebat creditor contra debitorem; art. 2029. Id sequitur ex principio generali quod statuit art. 1251. (Vid. nº 258.)

Inquirendum superest : *Utrùm possit fidejussor* aliquid stipulari, seu *lucrum aliquod a debitore percipere pro fidejussione?* — Ordinariè nullum pretium exigitur pro fidejussione. Nihil tamen obstat, inquit Duranton, quin fidejussor stipuletur aliquid sibi a debitore principali solvendum : illudque ordinariè fit, quando aliquis cum Guberuio paciscens pro præstandis quibusdam mercibus vel operis, alterum invenit qui, pro ipso fidejubens, bona plerumque immobilia subministrat in quæ hypothecam acquirit Gubernium; tunc iste fidejussor jus stipulatur ad quoddam auctarium, vel ad partem lucri. Nec videtur coram jure civili ullam esse difficultatem. Sed inter theologos non ita omnino constat, quia nonnulli existimant fidejussionem esse quoddam veluti mutuum virtuale; ac proinde usurarium fore lucrum quod exinde perciperetur. Alii tamen id non admittunt. Ut quæstio solvatur, distinguendi sunt varii casus.

1º Supponi potest fidejussorem *exponi periculo*, non solùm ne ipse solvere cogatur, sed etiam ne postea a debitore summam solutam recuperare non possit, vel saltem ne, ad solvendum, aliquod *damnum pati*, aut *lucrum amittere* cogatur. Tunc admittendum est eum posse aliquid exigere, cùm, ut vidimus, periculum sit titulus in mutuo aliquid ultra sortem percipiendi (nis 570, 571).

2º Supponi potest aliud periculum non esse nisi *solvendi loco debitoris*. Hunc præsertim casum respicit controversia inter theologos, quorum tamen plerique affirmant aliquid exigi posse. 1. Non potest hic adesse usura, quia non adest mutuum : nihil tradit hic et nunc fidejussor, sed tantùm se obligat ad postea tradendum; porrò sine traditione non est contractus mutui, qui est realis (nº 516). 2. Quus quod in se suscipit fidejussor, solvendi nempe loco debitoris, est verè pretio æstimabile in communi hominum æstimatione.

3º Denum supponi potest *non esse periculum* ne fidejussor solvere cogatur, sed illi perspectum esse quòd debitor principalis sit omnino par solvendo. In eo casu dicunt multi, et satis communiter juxta Collet, quibus tamen contradicit Molina, eum nihil posse exigere; quia tunc obligatio quam suscipit, nullum affert onus pretio compensabile. Li-

benter diceremus cum Collet, thesim istam ex circumstantiis facti definiendam esse. Usu apud viros bonæ frugis receptum est, subdit idem auctor, ut fidejussor nihil unquam exigat, nisi de aliquo propter periculum damni emersuri pretio convenerit. Dici tamen potest satis rarum esse ut nullum omnino subeatur periculum, cùm nonnisi ratione periculi vulgò exigatur fidejussor, et veluti quoddam proverbium receptum sit : *Qui cautionne, paie.*

III. *Inter varios fidejussores.* Nihil obstat quin eadem obligatio fidejubeatur a pluribus, vel conjunctim, vel divisim : tunc hi vocantur *Cofidejussores.* Inter eos ex natura rei nullus existit contractus aut quasi-contractus. Quando tamen unus totum debitum solvit, inde exsurgit quasi-contractus, quatenus nemo debet cum damno alterius ditescere : unde ex art. 2033, ille recursum habet contra cæteros, secundùm uniuscujusque partem; sed cùm ille recursus ideo competat quia solutio cæteris fidejussoribus profuit, requiritur ut ea solutio facta fuerit tempore opportuno, id est, in uno e casibus in quibus fidejussor agere poterat contra debitorem etiam ante solutionem, et qui enumerantur art. 2032, ut suprà retulimus.

623. V° Fidejussio EXSTINGUI potest, 1° *Indirectè*, quando exstinguitur debitum principale, sine quo, ut ab initio dictum est, non subsistit fidejussio. Hinc 1. fidejussor potest opponere creditori omnes exceptiones quæ pertinent ad debitorem principalem, et quæ ipsi debito inhærent; sed non potest opponere eas quæ sunt mere personales debitori, ut jam dictum est; art. 2036. — 2. Quando creditor voluntariè acceptavit bonum immobile aut aliud quodcumque in solutionem debiti principalis, liberatur fidejussor, etsi postea creditor evincatur; art. 2038 : obligatio semel extincta non debet reviviscere quoad fidejussorem, qui se judicans liberatum sibi non consuluit.

2° *Directè* exstinguitur fidejussio, 1. ex variis causis quæ generatim exstinguunt obligationes; art 2034. Illæ causæ enumerantur art. 1234 : in eo quod spectat ad confusionem, si debitor principalis et fidejussor fiant alter alterius hæres, non ideo exstinguitur actio creditoris contra fidejussorem fidejussoris; art. 2035. — 2. Exstinguitur etiam quando ex facto creditoris impossibilis evadit subrogatio fidejussoris in illius jura, hypothecas et privilegia; art. 2037 : æquum non est ut fidejussor obligatus remaneat erga creditorem, qui eum spoliat jure quo frui debet in compensationem oneris in se suscepti.

ART. 2. *De Pignore*, gallicè *du Nantissement.*

624. Pignus, quod gallicè vocamus *Nantissement*, definitur in Codice civili, art. 2071 : *Contractus quo debitor rem aliquam creditori suo tradit in securitatem debiti.* Dicitur 1° *Quo debitor*, quia ab illo pignus reipsa plerumque traditur : sed tamen tradi potest ab alio, ex art. 2077. — 2° *Rem aliquam*, quia potest esse vel res mobilis, vel immobilis, ex art. 2072 : in priori casu, contractus retinet nomen pignoris, gallicè *Gage;* in posteriori, dicitur *Antichresis.* Sed advertendum in antichresi, prout apud nos existit, non esse verum pignus, quia nullum jus reale, nullum privilegium in rem confertur; solummodo

percipiuntur fructus in compensationem debiti. Possunt tradi in pignus jura incorporea, v. g., credita (*des créances*) : id apertè supponit art. 2075.—3° *Tradit*, quia contractus ille non perficitur nisi per traditionem rei. Imò non stat privilegium in rem traditam nisi quatenus hæc permanet in possessione creditoris ; art. 2076. In hoc differt pignus ab hypotheca, in qua res non traditùr creditori, sed remanet penès debitorem. — 4° *Creditori suo*, quia ita fit plerumque ; sed fieri potest ut tradatur tertiæ personæ, ex conventione inter creditorem et debitorem, ex art. 2076 : tunc illa tertia persona habetur ut mandatarius creditoris. — 5° *In securitatem debiti*, quia hic est finis pignoris ; non transfertur rei dominium, sed assecuratur debitum, vel per privilegium creditori concessum, si agatur de pignore, vel quia percipit creditor fructus in compensationem debiti, quando agitur de antichresi, ut fusiùs mox exponemus.

His præmissis, agemus seorsim de simplici pignore et de antichresi.

625. I° De simplici pignore. — Jus pignoris efficit ut creditori competat facultas, non solùm obtinendi venditionem rei oppigneratæ, sed sibi hujus pretium vindicandi præ cæteris creditoribus ejusdem debitoris. Tale jus apud nos confertur quoad res immobiles per privilegium aut hypothecam de quibus in art. seq., et quoad res mobiles per contractum pignoris, cujus regulæ nunc assignandæ respiciunt 1° jura creditoris ; 2° illius obligationes ; 3° obligationes debitoris.

I. *De juribus creditoris.* — 1° *In ordine ad debitum.* Creditor jus habet in pretium rei præ cæteris creditoribus ; art. 2073. Unde quamvis ut valeat contractus pignoris inter contrahentes nulla specialis forma requiratur, cùm tamen facilè damnum inferri posset cæteris creditoribus, nisi via fraudi et deceptioni præcluderetur, ideo ut valeat contractus erga cæteros, requiritur scriptum authenticum cum enuntiationibus variis aptis ad removendum tale periculum ; art. 2074, 2075. — 2° *In ordine ad rem oppigneratam*, creditor habet jus eam detinendi, usque ad integram solutionem. Dicitur 1. *Detinendi :* hoc tantùm jus ipsi competit ; unde non potest eâ uti, nec vendere, sed tantùm obtinere a judice ut res vel sibi tribuatur in solutionem juxta peritorum æstimationem, vel vendatur auctione publicâ : conventio quâ creditori concederetur facultas rem sibi tribuendi, vel de ea disponendi aliter quàm juxta formam indicatam, irrita declaratur ; art. 2078. Ratio est, quia alioquin creditor facilè extorqueret a debitore pignus nimii valoris, sicque de eo disponens perciperet usuram immodicam. 2. *Usque ad integram solutionem*, quia nisi detentor pignoris eo abutatur, non potest debitor hujus restitutionem postulare, donec satisfecerit debito principali, et ejus accessoriis ; art. 2082. Imò si idem debitor erga eumdem creditorem contraxerit post traditionem pignoris novum debitum, cujus solutio obtigerit (*devenue exigible*) ante solutionem prioris debiti pro quo pignus datum fuerat, creditor potest pignus detinere donec sibi satisfactum fuerit pro utroque debito, etiamsi nullâ speciali stipulatione pignus affixum fuerit posteriori debito ; *ibidem :* censetur debitor ideo non exegisse pignus pro posteriori debito quia innixus est pignori quod jam præ manibus habebat,

II. *De obligationibus creditoris.* Creditor qui pignus detinet 1° debet in re servanda invigilare tanquam bonus paterfamiliàs, adeò ut teneatur de interitu aut deteriorationе rei quæ ex ejus negligentia oriventur; art. 2080 (vid. n° 170). Imò si re oppigneratâ abutatur, potest debitor hujus restitutionem postulare, ut supponit art. 2082. — 2° Si res oppignerata sit frugifera, v. g., si sit creditum jus conferens ad auctarium, debitor tenetur fructus imputare primùm super auctario quod ipsi deberi potest, deinde super ipso debito principali. Ita art. 2081; ex quo intelligitur per ipsam pignoris traditionem non conferri creditori jus percipiendi fructus vel auctarium, ut diximus (n° 585). — 3° Debet rem reddere statim ac accepit solutionem debiti in cujus securitatem tradita fuerat. Statim enim cessat ratio pignus detinendi.

III. *De obligationibus debitoris.* Debet solvere creditori impensas necessarias aut utiles quas fecit ad conservationem rei; art. 2080. Illud autem adest discrimen inter utrasque, quòd impensas necessarias semper debeat, licèt res perierit, modò absque culpa creditoris; non debeat autem utiles, nisi quatenus ex iis auctus est valor rei. Si res in pignus tradita damnum aliquod intulerit creditori, dicunt pariter auctores debitorem teneri illud reparare.

Nota. Regulæ ex jure civili in præsenti paragrapho statutæ non applicantur in materiis commercialibus, nec domibus quæ dicuntur *Maisons de prêt sur gage*, aliter *Monts-de-Piété*. Ita art. 2084. De iis quæ spectant ad commercium, vid. Cod. comm. art. 93, 190, 196 : de Montibus Pietatis nonnulla diximus (n° 586).

626. II° De Antichresi. — Antichresis dicitur pignus in re immobili; art. 2072. Hæc notare sufficiet.

I. *De jure creditoris.* — 1° Per antichresim creditor acquirit tantùm facultatem *percipiendi fructus* rei traditæ usque ad integram solutionem; sed sub onere ut quotannis illi fructus imputentur vel in auctarium si debeatur, vel in sortem; art. 2085 et 2087 Si stipulata sit compensatio inter fructus et auctarium, vel totaliter vel usque ad certam concurrentiam, hæc conventio exsecutioni mandari debet sicut quælibet conventio lege non prohibita; art. 2089. Sed juxta legem jam expositam, auctarium non potest exigi ultra 5 pro 100 : unde si fructus antichresis hanc taxationem superarent, esset reductioni locus; solummodo ex præsenti articulo concludi potest judicium ferendum fore ex æquo et bono, quia non potest semper attingi rigorosa æqualitas. — 2° Non potest iniri pactum ut res fiat creditoris ob defectum solutionis adveniente termino; potest solùm tunc *postulare expropriationem* per vias legales; art. 2088.

II. *De obligationibus creditoris.* Tenetur creditor, nisi aliter conventum fuerit, solvere tributa, et cætera onera annua rei in antichresim traditæ; item providere ejus conservationi, et præstare reparationes necessarias et utiles; sed varias illas expensas deducere potest ex fructibus; art. 2086 Si tamen velit creditor ab his oneribus se eximere, potest, nisi aliter conventum fuerit, debitorem cogere ad recipiendam restitutionem rei; art. 2087. Sed ex ipsis verbis articuli intelligitur

valere pactum quo creditor se obligaret ad rem retinendam usque ad integram solutionem.

III. *De effectibus antichresis erga extraneos.* Quæcumque de antichresi statuuntur non obstant juribus quæ extranei habere possunt circa rem in antichresim traditam; art. 2091. Satis intelligitur eos qui jus aliquod habebant in rem, v. g., privilegium aut hypothecam, antequam traderetur in antichresim, non eo spoliari; siquidem ne per ipsam quidem rei alienationem illud amitterent. Unde creditor qui rem accepit his non præfertur nisi ipse habeat jura aut hypothecas, quibus uti poterit suo ordine et quemadmodum quilibet alius creditor, prout statuit idem art. 2091. Sed si agatur de creditoribus quorum jus ortum est post constitutam antichresim, non omnino constat an idem dicendum sit : juxta multos, qui recepit antichresim non habet quidem privilegium in sensu quem exponemus in art. seq., sed habet *jus retentionis* quo spoliari nequit a suo debitore donec integrum debitum solutum fuerit.

ART. 3. *De Hypotheca.*

627. Ad consulendum securitati creditoris sinè traditione rei quæ locum habet in pignore, inducta est hypotheca. Agemus 1° de definitione et natura hypothecæ; 2° de variis speciebus; 3° de effectibus; 4° de exstinctione.

1° *De* DEFINITIONE *et* NATURA *hypothecæ.* — *Hypotheca,* prout nunc sumitur, definiri potest : *Jus reale et indivisibile in bonum immobile ad solutionem debiti obligatum.* Ita art. 2114 Cod. civilis. Hæc definitio convenit cuilibet hypothecæ, etiam ei quæ oritur ex lege vel ex sententia judicis. Sed observant quidam jurisperiti non esse omnino adæquatam, quia non indicat finem hypothecæ, qui in eo situs est ut possit creditor obtinere rei obligatæ venditionem judiciariam, et ex ejus pretio solutionem recipere.

Dicitur 1° *Jus reale,* seu *in re,* in eo sensu quòd sit rei annexum, ita ut eam sequatur ad cujuscumque manus transeat, prout expresse dicitur in eodem art. 2114; sicque rei istius possessor obligatus evadat. Illud tamen superest discrimen inter primum debitorem et rei hypothecatæ possessorem, quòd iste, cùm non teneatur nisi ratione rei, liberari possit eam relinquendo; at non ita ille, qui obligatur etiam personaliter. — 2° *Et indivisibile.* Ita art. 2114 : quod sub duplici sensu verum est : 1. *Passivè,* seu *ratione rei* quam afficit hypotheca : hæc est *tota in toto, et tota in qualibet parte,* aiunt jurisperiti ; unde si debitor rem dividat et pluribus vendat, poterit creditor agere contra quamlibet partem, et ex ea exigere solutionem totius debiti, si sufficiat. Ita docent jurisperiti, et judicant tribunalia. 2. *Activè,* seu *ratione debiti :* res subjecta hypothecæ attingitur per quamlibet partem debiti ; ita ut, si debitum dividatur inter plures creditoris hæredes, possit quilibet jus suum vindicare contra rem integram. — 3° *In bonum immobile :* quia sola bona immobilia possunt dari in hypothecam : nempe ea quæ sunt immobilia vel ex natura sua, vel ex sua destinatione utpote acces-

soria boni immobilis, ad sensum art. 524 ; item eorum omnium ususfructus quamdiu perdurat. Ita art. 2118. Sed non possunt attingi per hypothecam bona mobilia : *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque;* art. 2119. Declarat tamen art. 2120 nihil innovari quoad naves, quæ licèt habeantur ut bonum mobile ex art. 190 Cod. comm., subjiciuntur tamen cuidam hypothecæ ex art. 196 ejusdem codicis. — 4. *Ad solutionem debiti obligatum*, duplici modo : 1. quia si debitor rem vendat, iste creditor solvitur ante alios, secundùm ordinem suæ hypothecæ ; 2. quia potest solutionem ex illa re obtinere, ad cujuscumque manus transierit.

628. II° De VARIIS SPECIEBUS *hypothecæ*. — Est vel legalis, vel judiciaria, vel conventionalis ; art. 2116.

I. *De hypotheca legali.* Ea est quæ ex sola lege oritur absque ulla conventione aut sententia judicis. Differt a privilegio, de quo antea locuti sumus (n° 241), in eo quòd privilegium desumatur ex qualitate causæ seu debiti, dum hypotheca legalis desumitur ex qualitate personæ seu creditoris. Triplici classi personarum lex hypothecam confert ; art. 2121. — 1° *Uxor* habet hypothecam in bona mariti pro sua dote, pro conventionibus matrimonialibus, pro successionibus aut donationibus quas recipit durante matrimonio, pro indemnitate debitorum quæ contraxit cum suo marito, etc.; art. 2121 et 2135. — 2° *Minores* et *interdicti* habent hypothecam in bona tutoris, pro ejus gestione ; art. 2121 et 2135. — 3° *Gubernium*, *municipia*, et *instituta publica* habent hypothecam in bona quæstorum et administratorum reddendæ rationi obnoxiorum (*des receveurs et administrateurs comptables*); art. 2121. Hæc hypotheca legalis extenditur ad omnia bona debitoris, etiam ei supervenientia post exortam hypothecam, cum quibusdam tamen modificationibus per ipsam legem determinatis ; art. 2122. Illæ modificationes exprimuntur art. 2140, 2145 et 2161.

Hypotheca uxoris et minorum non indiget inscriptione : ipsa lex determinat a quo tempore ordinem conferat ; art. 2135. Sed nihil tale statuit quoad hypothecam Gubernii, etc.; unde hæc remanet intra terminos juris communis. Quamvis autem hypothecæ uxoris et minorum effectum obtineant etiam erga extraneos absque inscriptione, cùm tamen istorum intersit eas cognoscere ne a maritis aut tutoribus decipiantur, lex providet earum publicitati per varia media quæ indicantur art. 2136-2139 : sed si his non obstantibus locum non habuerit inscriptio, hypotheca nihilominus effectum suum producit.

II. *De hypotheca judiciaria.* Ea est quæ oritur ex judicio, vel actibus judiciariis, quales sunt agnitio vel verificatio facta in judicio, etc.; art. 2123. Hæc hypotheca attingit pariter bona tum præsentia, tum futura ; *ibid.* Lex voluit providere exsecutioni judiciorum. Sed illa efficacitas multùm imminuitur per necessitatem inscriptionis.

III. *De hypotheca conventionali.* Ea est quæ oritur ex conventione inter debitorem et creditorem initâ. Definiri potest : *Contractus accessorius et solemnis*, quo una persona *capax alienandi obstringit* bona *ad se nunc pertinentia* et *specialiter designata*, in assecurationem *obligationis determinatæ*.

Dicitur 1° contractus *Accessorius*, quia necessariò supponit obligationem principalem Hinc si obligatio principalis irrita sit, irrita est et hypotheca. — 2° *Solemnis*, quia hypotheca non potest concedi nisi per actum authenticum; scilicet coram notario mitum; art. 2127. — 3° Quo una persona *Capax alienandi*, quia hypotheca est quædam alienatio, ac proinde requiritur ut ille qui hypothecam constituit possit alienare bonum super quo illam constituit, art. 2124. Hinc bona minorum, interdictorum, et absentium non possunt subjici hypothecæ nisi ob causas et juxta formas lege determinatas; art. 2126. Hinc ex eadem causa qui non habent nisi jus resolubile, vel conditionatum, non nisi hypothecam resolubilem vel conditionatam dare possunt; art. 2125.— 4° *Obstringit*, quia ut exsurgat hypotheca requiritur concessio expressa debitoris. Olim quilibet actus authenticus inducebat hypothecam, etiam absque ulla mentione expressa. Sed hodie requiritur conventio explicita : alioquin non obtineretur ea specialitas de qua mox loquemur, et quæ unum est ex principiis constitutivis regiminis nostri hypothecarii. — 5° Bona *Ad se nunc pertinentia* et *specialiter designata*. Hæc est una e præcipuis innovationibus circa præsentem materiam. Voluit legislator specialitatem hypothecæ, ut, positâ ejus inscriptione de qua infrà, obtineretur ejus publicitas. Itaque 1. non valet hypotheca conventionalis, nisi in actu hujus constitutivo speciatim declaretur natura et situs cujuslibet boni hypothecæ subjecti; art. 2129. 2. Non possunt dari in hypothecam bona futura; art. 2129. Quomodo enim hæc possent speciatim designari? Attamen aliqua restrictio apponitur art. 2130 et 2131, quando nempe bona præsentia sunt insufficientia ad securitatem debiti. — 6° In assecurationem *Obligationis determinatæ*, quia exigit art. 2132 ut in ipso actu exprimatur summa certa et determinata; si debitum sit conditionatum, vel indeterminatum, debet declarari valor æstimativus, cujus reductionem obtinere poterit debitor, si locus sit. Ita præscribitur ut qui volunt cum debitore contrahere possint agnoscere quantùm graventur ejus bona.

629. III° *De* EFFECTIBUS *hypothecæ*. — Duo sunt præcipui. I *In ordine ad cæteros creditores*. Hypotheca privilegium confert : sed requiritur inscriptio. Hæc est præcipua juris hodierni innovatio. Scilicet ad consulendum securitati eorum qui cum aliquo negotium habent, visum est magni referre ut dignoscere possent quibusnam oneribus graventur hujus bona : quod ut obtineatur, sancita fuit hypothecarum publicitas. Hæc autem publicitas habetur positâ inscriptione apud conservatorem hypothecarum qui earum iudicem tradit iis quorum interest. Statuitur ergo varias hypothecas, iis tantùm exceptis quas ipsa lex confert uxori et minoribus et de quibus art. 2135, ordinem non consequi nisi a die inscriptionis; art. 2134. Primis temporibus quæ subsecuta sunt hanc dispositionem non omnino constabat quousque extenderetur necessitas hujus inscriptionis, an scilicet creditor cujus hypotheca non est inscripta præferri debeat creditoribus chirographariis? Sed jamdiu pro certo habetur per hypothecam nullum conferri privilegium sine inscriptione. Hujus inscriptionis modus determinatur art. 2146 et seq. Supervacaneum judicamus illum ex-

ponere. Unum tantùm observabimus. Cùm eâ de re, et præsertim art. 2148, multa præscribantur, nec expressè determinetur quænam sub pœna nullitatis, hinc innumeræ ortæ sunt lites. Duplex systema exortum est. In priori, quod in primis legis conditæ temporibus viguit, omnia habebantur ut rigorosè necessaria; sicque facillimè declarabantur irritæ inscriptiones quibus aliquid deerat. Sed postea visum est attendendum esse quid ad finem legis esset substantiale, quid accidentale; et rationem habendam esse præsertim damni quod talis aut talis formæ omissio inferre posset iis quorum interest: sicque distinguendum esse ex mente legis, etiam ubi littera non distinguit. Huc rediisse videtur Curia suprema, quæ prius systema aliquandiu secuta fuerat. Postremum istud systema hodie generatim omnes approbant.

Illa inscriptio fit sumptibus debitoris, nisi adsit stipulatio contraria; art. 2155 : ipse est prima causa horum sumptuum. Vim habet pro decem annis; sed ejus effectus cessat, si non fuerit renovata ante elapsum hunc terminum; art. 2154 ; tunc non tollitur præcisè hypotheca, sed amittitur ejus ordo, seu jam non confert privilegium præ cæteris creditoribus. Poterit ergo renovari inscriptio, modò aliunde hypotheca sublata non fuerit; sed si quis aliam hypothecam inscribi fecerit ante istam renovationem, anteponetur.

II. *In ordine ad detentores boni.* Potest creditor bonum illud prosequi, ad cujuscumque manus devenerit : sed ut eo jure gaudeat, requiritur pariter inscriptio, ex art. 2166. Juxta Codicem civilem, inscriptio obtineri non poterat statim ac res desierat pertinere ad debitorem : unde sæpe debitor per clandestinas alienationes tollebat privilegium creditoris qui inscriptionem neglexerat. Ut huic malo occurreretur, statuit Codex judicialis, art. 834, posse creditorem inscriptionem obtinere intra quindecim dies qui subsequuntur transcriptionem actûs quo res fuit alienata a debitore.

Creditor igitur qui habet hypothecam inscriptam potest jus suum exercere contra boni detentorem : quo nomine non intelligitur merus custos aut locatarius, sed ille qui dominium acquisivit a debitore. Iste autem detentor potest liberare bonum ab hypotheca, recurrendo nempe ad id quod dicitur *la Purge des hypothèques;* art. 2181-2195 : sed si non recurrat ad illud medium, remanet *obligatus ad solvenda omnia debita hypothecaria,* sed sub iisdem terminis ac primus debitor a quo bonum acquisivit; art. 2167. Potest tamen se liberare bonum derelinquendo absque ulla reservatione; art. 2168. Si neutrum perficiat, id est, si *nec solvat, nec bonum derelinquat,* tunc quilibet creditor potest obtinere ut vendatur bonum post triginta dies ab interpellatione quam facere debet tum debitori primævo, tum detentori actuali; art. 2169. Potest tamen detentor, si non personaliter obligetur, et si supersint alia bona immobilia eidem debito hypothecata in possessione primævi debitoris, recurrere ad beneficium discussionis, juxta formam determinatam ubi *de Fidejussione;* art. 2170 : sed hæc facultas non conceditur erga creditorem privilegiatum, vel habentem hypothecam specialem in bonum; art. 2171.

Tales sunt effectus hypothecæ, quos in foro conscientiæ omnino

vim habere jam docuimus (n° 240). Sed cùm omnino pendeant a lege civili, siquidem ex art. 2115 hypotheca locum non habet nisi in casibus et juxta formas quæ determinantur in lege, eatenus valent quatenus accuratè servantur quæ præscribuntur a lege.

630 IV° *De* EXSTINCTIONE *hypothecarum.* — Quatuor assignantur modi quibus exstinguuntur privilegia et hypothecæ; art. 2180.

1° Per *exstinctionem debiti principalis.* Cùm hypotheca, ex dictis, non sit nisi accessorium, sequi debet principale. — 2° Per *renuntiationem creditoris.* Hæc potest esse expressa, vel tacita : ita saltem plerique auctores; sed valde dubium reputat DURANTON, an hodie sufficere possit renuntiatio tacita. — 3° Per *observationem formarum* quæ præscribuntur ut bona liberentur ab hypotheca seu, ut dicitur, *pour purger les biens acquis,* ut modò indicavimus. — 4° Denique per *præscriptionem.* Hæc acquiritur debitori quoad bona quæ sunt in ejus possessione per tempus determinatum ad præscriptionem actionis seu obligationis quæ dat locum hypothecæ aut privilegio : si autem bona sint penès alium detentorem, ipsi acquiritur præscriptio per idem temporis spatium quod requiritur ut bonum ipsum acquirat; si requiratur titulus, non incipit præscriptio nisi a die quo ille titulus transcriptus est. Ita art. 2180, qui simul statuit non interrumpi præscriptionem per inscriptiones obtentas a creditore.

FINIS.

INDEX ANALYTICUS.

Nota. Quæ in decursu operis minori impressa sunt charactere designantur hoc peculiari signo *.

ART. 2. — *De efficacia variarum dispositionum legis circa contractus.*

ART. 3. — *De contractibus in fraudem legum initis.*

CAP. III. DE IIS QUI CONTRAHERE POSSUNT.

ART. 2. —*De tempore respiciendo quoad materiæ capacitatem.*

ART. 3. — *De tempore respiciendo quoad observationem formarum.*

ART. 4. *De tempore respiciendo in actibus conditionatis.*

SECTIO II. — DE CONTRACTUUM EFFECTIBUS.

CAPUT I. DE OBLIGATIONE CONTRACTUUM GENERATIM SPECTATA.

ART. 1. *De obligatione quæ directè nascitur ex contractu, seu de contractuum exsecutione.*

§ 7. — *De Cessione bonorum.*

ART. 3. — *De Forma in dando servanda.*

§ 1.— *De Forma servanda in donationibus inter vivos.*

§ 2. — *De Forma servanda in testamentis.*

§ 3. — *De Vi nullitatum formæ in conscientia.*

ART. 6. — *De quibusdam peculiaribus venditionis speciebus.*

§ 1. — *De venditione cum pacto redimendi.*

§ 2. — *De venditione jurium incorporeorum.*

§ 3. — *De Auctione publica (Vente aux enchères).*

§ 4. — *De Venditione aut Emptione per proxenetas.*

CAP. IV. — DE PERMUTATIONE.

CAP. V. — DE LOCATIONE-CONDUCTIONE.

Art. 1. — De Locatione rerum.

Art. 2. — De Locatione operarum.

Art. 3. — De Locatione animalium.

CAP. VI. — DE MANDATO.

ART. 2. — *De Mutuo.*

CAP. XI. — DE CONTRACTU CENSUALI.

ART. 1. — *De Censu reservativo (Rente foncière).*

ART. 2. — *De Censu consignativo.*

ART. 3. — *De Censu vitalitio.*

Art. 1. — *Quid et quotuplex sit usura.*

Art. 2. — *Utrùm et quo jure usura sit prohibita.*

§ 1. — *De Decisione Benedicti XIV circa prohibitionem usuræ.*

§ 2. — *De Prohibitione usuræ ex jure divino.*

§ 3. — *De Prohibitione usuræ ex jure naturali.*

Art. 3. — *Quousque extendatur prohibitio usuræ.*

§ 1. — *De Usura mentali.*

§ 2.— *De Titulis ex quibus aliquid in mutuo exigi potest supra sortem.*

§ 3. *De variis Contractibus in quibus percipitur auctarium supra sortem.*

Art. 4. *De Restitutione usurarum.*

Art. 5. — *De Statu præsenti controversiæ circa usuram, et de Regulis in praxi servandis.*

FINIS INDICIS.

phète.

CHAPITRE QUATORZIÈME.

DES PROPHÉTIES DE SOPHONIE.

ARTICLE PREMIER.

De l'histoire de Sophonie.

Sophonie, en hébreu Tsephanyâ (צפניה), tient dans toutes les Bibles le neuvième rang entre les petits prophètes. L'inscription de sa prophétie porte qu'il était fils de Chusi, fils de Godolias, fils d'Amarias, fils d'Ézéchias. Aben-Ezra, d'accord avec le commun des rabbins, Huet, Rondet, Eichhorn, etc., croient que cet Ézéchias, donné comme la souche de la généalogie de Sophonie, est le même qu'Ézéchias, roi de Juda. Beaucoup d'autres critiques, parmi lesquels on

contre les méchan
les enfants de Ja
reviendra aussi à
heur. Enfin, dan
expose de nouvea
que les nations
qu'eux-mêmes, qu
sère; d'où ils tirai
à ces murmures
Juifs à observer l
Élie viendra avan
2. Eichhorn pré
offre pas les pro
présente que les

Auteur :

HEOLOGICÆ MAJORES

. SULPITII HABITÆ,

dio J. CARRIÈRE :

siis, 1837. 2 vol. in-8°.	10 fr.	» c.
Operis. Editio tertia.	2	50
DE JUSTITIA. Parisiis, 1839. 3 vol. in-8°.	15	»
Compendium ejusdem Operis. 1 vol. in-12.	2	50
DE CONTRACTIBUS. Parisiis, 1844-47. 3 vol. in-8°.	17	»

De l'Imprimerie de BEA[illegible] à Saint-Germain-en-Laye.